

الكتاب المذكور في الشريعة والقانون

احكام الزوج والطلاق

في الفقه الاسلامي المقارن
ورسم مقارنه بالقانون

الأكثوز

مصطفى الزعفراني

الاستاذ المتبرس في الشريعة والقانون

الطبعة الاولى ٢٠١٤

أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن

(دراسة مقارنة بالقانون)

هذا المؤلف يتضمن أهم التغييرات والتعديلات
التي أجريت في اقليم كردستان العراق
على قانون الأحوال الشخصية المرقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.
بقانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨

تأليف

الدكتور مصطفى ابراهيم الزلي
الاستاذ المتمرس في الشريعة والقانون

طبعت على نفقة
السيد رئيس وزراء حكومة اقليم كردستان العراق
الاستاذ نيجيرفان البارزاني المحترم

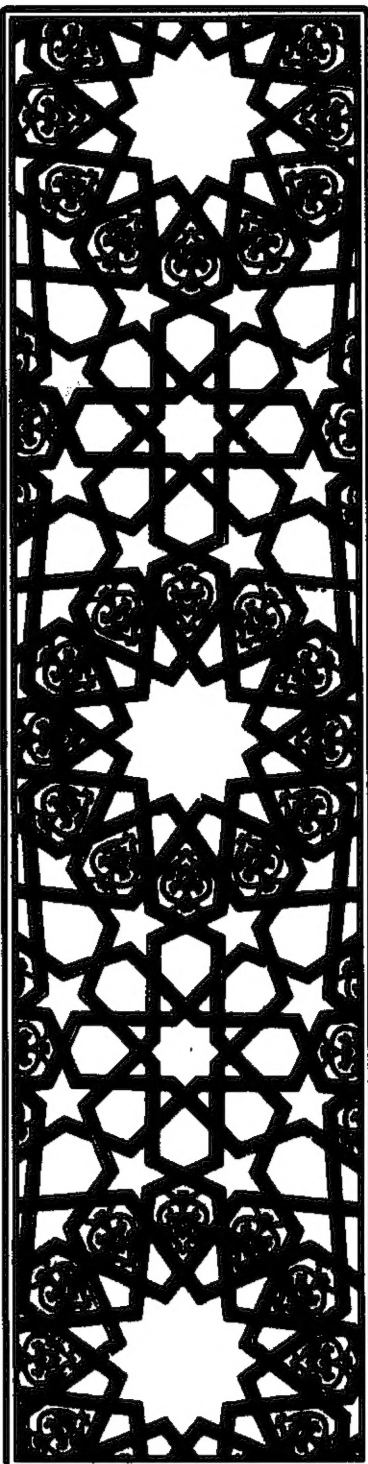
أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن

تأليف : البروفيسور مصطفى ابراهيم الزلي
الناشر: نشر احسان للنشر و التوزيع
الطبعة الأولى ٢٠١٤ - ١٤٣٥
مدير المشروع: ريدار رؤوف احمد
تصميم : جمعة صديق كاكه
المشرف على الطبع: ياسر يعقوبي

رقم الإيداع : ١٢٠ - ٢٠١٠
رقم الدولي (ISBN) للمجموعة:
978-600-349-023-9
رقم الدولي (ISBN) للكتاب:
978-600-349-006-2

الموقع: <http://zalmi.org/arabic>
الايمل: dr.alzalmi@gmail.com
فيسبوك: [facebook.com/dr.alzalmi](https://www.facebook.com/dr.alzalmi)

يمنع طبع أو اخراج هذا الكتاب أو أي جزء منه بأي شكل من اشكال الطباعة أو
النسخ أو التصوير أو الترجمة الي أي لغة، الا بأذن خطي من المؤلف



﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا
لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً
إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يُفَكِّرُونَ ﴾ (١١)

سورة الروم / ٢١

﴿ أَلَمْ تَرَ أَنَّا أَرْسَلْنَا نُوحًا بِأَخْسَنُ
وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْنَاهُمْ شَيْئًا إِلَّا أَنْ
يَخَافَ إِلَّا يُصِيبَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُصِيبَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا
جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيهَا أَفَدَّتْ يَدُ تِلْكَ حُدُودَ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا
وَمَنْ يَعْتَدِ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ (٣٣)

سورة البقرة / ٢٢٩

(تُنكِحُ الْمَرَأَةَ لِأَرْبَعٍ لِمَالِهَا وَلِحَسَبِهَا
وَلِجَمَالِهَا وَلِدِينِهَا فَاظْفَرَ بِذَاتِ الدِّينِ
تَرَبَّتْ يَدَاكَ)

رواه البخاري / ٤٧٠٠

الفهرس

١٣	القسم الأول: أحكام الزواج في الإسلام
١٥	المقدمة
١٦	لمحة تاريخية للقضاء وقانون الأسرة:
١٦	أ - في عهد الرسالة:
١٧	ب - في عصر الخلفاء الراشدين:
١٧	ج - في العهد الأموي:
١٨	د - في الزمن العباسي:
١٨	هـ - في العهد العثماني:
١٩	و - في الحكم الوطني:
٢١	الفصل الأول: التعريف بالزواج
٢٢	المبحث الأول: تعريف الزواج
٢٣	المبحث الثاني: حكمة الزواج
٢٤	المبحث الثالث: تكييف الزواج (حكمه التكليفي)
٢٧	الفصل الثاني: مقدمات الزواج
٢٨	المبحث الأول: حسن الاختيار للشريك والشريكة في الحياة
٢٨	مواصفات الاختيار الصائب:
٣٢	المبحث الثاني: تعرف كل من الطرفين على الآخر
٣٣	الاستشارة:
٣٣	أمانة المستشار:
٣٥	المبحث الثالث: الخطبة وآثار العدول عنها
٣٥	تكييف الخطبة:
٣٥	أهمية الخطبة:
٣٥	الخطبة على خطبة الغير:
٣٦	اثر العدول عن الخطبة:
٣٩	الفصل الثالث: محرمات الزواج
٤٠	المبحث الأول: المحرمات تحريماً مزيداً

٤٠	النوع الاول - المحرمات بسبب القرابة:
٤١	النوع الثاني: المحرمات بسبب المصاهرة:
٤٣	النوع الثالث - التحريم بسبب الرضاع:
٤٤	الحكمة في التحريم بسبب الانواع المذكورة:
٤٦	المبحث الثاني: المحرمات تحريماً مؤقتاً
٥٠	المبحث الثالث: مبررات تعدد الزوجات:
٥٣	الفصل الرابع: عناصر (الركان وشروط) الزواج
٥٤	المبحث الاول: الاركان وشروط الانعقاد
٥٤	اولاً: اركان الزواج:
٥٥	ثانياً: شروط الانعقاد:
٥٩	المبحث الثاني: شروط الصحة والنفاد
٥٩	اولاً: اهم شروط صحة الزواج:
٦٢	ثانياً - اهم شروط النفاذ:
٦٥	المبحث الثالث: شروط اللزوم والجعل
٦٧	موقف القانون:
٦٩	الفصل الخامس: الحقوق الزوجية
٧١	المبحث الأول: حقوق الزوجة على الزوج
٧١	اولاً:- المهر:
٧٢	مصدر وجوب المهر على الزوج لزوجته:
٧٣	شروط صحة المهر:
٧٣	مقدار المهر:
٧٤	تأكد المهر:
٧٥	زيادة المهر والخط منه:
٧٥	تشطر المهر:
٧٦	متى يجب مهر المثل؟
٧٧	مستقطات المهر:
٧٨	موقف القانون من المهر:
٧٩	ثانياً:- المتعة:
٧٩	المصدر الشرعي لوجوب المتعة:
٨٠	مقدار المتعة:
٨١	حكمة المتعة:

٨١	حكم المتعة:
٨١	مستقطات المتعة:
٨٢	موقف القانون من المتعة:
٨٢	ثالثاً: نفقة الزوجة:
٨٣	شروط وجوب نفقة الزوجة:
٨٣	المصدر الشرعي لنفقة الزوجة:
٨٥	حكم نفقة الزوجة:
٨٥	متى تجب نفقة الزوجة على زوجها:
٨٦	مقدار النفقة:
٨٧	المبحث الثاني: حقوق الزوج على زوجته:
٩١	المبحث الثالث: الحقوق الزوجية المشتركة:
٩٥	الفصل السادس: النفقة النسبية
٩٦	المبحث الأول: النسب وسبل إثباته:
٩٦	طرق إثبات النسب:
٩٦	أولاً: الفراه (قيام الزوجية):-
٩٧	ثانياً: ثبوت النسب بالاقرار:
٩٩	ثالثاً: ثبوت النسب بالبينة:
١٠٠	موقف القانون من إثبات النسب:-
١٠١	المبحث الثاني: نفقة الاصول والفروع والحواشي:
١٠١	القواعد التي تجب رعايتها في النفقة النسبية:
١٠٢	شروط وجوب نفقة الفرع على الأصل:-
١٠٣	شروط نفقة الاصول على الفروع:-
١٠٣	خلاصة النفقة بالنسبة للاصول والفروع:
١٠٤	موقف القانون من النفقة النسبية:-
١٠٧	القسم الثاني: أحكام الطلاق في الفقه الإسلام المقارن
١٠٩	المقدمة:
١١٣	الفصل الأول: التعريف بالطلاق
١١٤	المبحث الأول: الطلاق وانواعه:
١١٤	انواع الطلاق:-
١١٤	النوع الأول: الطلاق الرجعي:
١١٦	النوع الثاني الطلاق البائن:

المبحث الثاني: حكمة تشريع الطلاق ومن يملكه	١٢١
اولا: حكمة تشريع الطلاق:	١٢١
ثانيا: من يملك سلطة التطليق:	١٢٢
المبحث الثالث: كيفية انتهاء علاقة الزوجية في القرآن	١٢٥
الخطوة الاولى: الموعظة (فعضوهن)	١٢٥
الخطوة الثانية: الهجر في المضاجع (واهجروهن في المضاجع):	١٢٦
الخطوة الثالثة: الضرب (واضربوهن):	١٢٦
الخطوة الرابعة: الصلح (والصلح خير):	١٢٨
الخطوة الخامسة: التحكيم (فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها) ^(١)	١٢٨
الخطوة السادسة: الطلاق للمرة الاولى	١٢٩
التزامات المطلق حين الطلاق	١٣١
الخطوة السابعة: التطليق مرة ثانية:	١٣٤
الخطوة الثامنة: التطليق مرة ثالثة:	١٣٤
الفصل الثاني: عناصر الطلاق	١٣٥
المبحث الاول: المطلق	١٣٦
اولاً - طلاق المكره :	١٣٦
ثانياً - طلاق السكران :	١٣٧
ثالثاً - طلاق الغضبان :	١٣٧
رابعاً - طلاق الهازل :	١٣٨
خامساً - الطلاق من الوكيل:	١٤٠
سادساً - الطلاق من ولي القاصرة:	١٤٠
المبحث الثاني: المطلقة	١٤١
تكييف الخلع:	١٤٥
موقف القانون من الخلع:	١٤٦
المفوضة بتطليق نفسها:	١٤٧
المبحث الثالث: صيغة الطلاق	١٤٨
اولا. نطاق الصيغة:	١٤٨
ثانيا. الطلاق بالحديث النفسي	١٤٩
موقف القانون من صيغة الطلاق:	١٥٠
ثالثا: صيغة الطلاق المقترن بالعدد:	١٥٠
موقف القانون من الطلاق المقترن بالعدد:	١٥٣

- ١٥٤ رابعاً- الطلاق المعلق والحلف بالطلاق:
- ١٥٥ موقف القانون من تعليق الطلاق والحلف به:
- ١٥٧ الفصل الثالث: مدى سلطان الإرادة في التفريق القضائي**
- ١٥٩ المبحث الاول: التفريق للضرر اللا ارادي:
- ١٥٩ القول الاول - المنع مطلقاً:
- ١٦١ القول الثاني: جواز التفريق بالضرر اللا ارادي:
- ١٦٦ القول الثالث: حق التفريق للعلل والامراض ثابتة للزوجة فقط:
- ١٧٠ المبحث الثاني: التفريق للضرر الارادي:
- ١٧٠ اولاً : حرمان الزوجة من النفقة:
- ١٧٠ اراء الفقهاء في التفريق لعدم الانفاق:
- ١٧٧ ثانياً - حرمان الزوجة من المعاشرة:
- ١٨٥ ثالثاً - التفريق لمعصية يرتكبها احد الزوجين:
- ١٨٦ ١- اللعان :
- ١٩١ ٢- ردة احد الزوجين:
- ١٩٨ رابعاً - اعتداء احد الزوجين على الآخر:
- ١٩٩ الفریق الاول -
- ٢٠٠ الفریق الثاني -
- ٢٠٣ المبحث الثالث: موقف القانون من التفريق قضاءً
- ٢٠٣ اولاً - الضرر اللا ارادي:
- ٢٠٥ ثانياً - الضرر الارادي:
- ٢٠٥ أ - الحرمان من النفقة:
- ٢٠٧ ب- الحرمان من المعاشرة:
- ٢٠٩ ج- اعتداء احد الزوجين على الآخر بالكلام او الفعل:
- ٢١١ د- ارتكاب معصية من احد الزوجين يترتب عليها ضرر الآخر:
- ٢١٣ الفصل الرابع: آثار فِرْقِ الزواج**
- ٢١٤ المبحث الاول: الآثار غير المالية:
- ٢١٤ العلل الموجبة لوجوب العدة:
- ٢١٥ اسباب وجوب العدة:
- ٢١٥ شروط وجوب العدة:
- ٢١٦ انواع العدة:
- ٢١٦ اولاً: العدة بالقرء:

- ٢١٧..... ثانيا. العدة بالاشهر:
- ٢١٨..... ثالثا. العدة بوضع الحمل:
- ٢١٨..... رابعا. العدة بابتعد الاجلين:
- ٢١٨..... قبول العدة من نوع الى نوع آخر:
- ٢١٩..... متى تبدأ العدة ومتى تنتهي ؟
- ٢٢٠..... المبحث الثاني: الاثار المالية
- ٢٢٠..... الميراث:
- ٢٢١..... استحقاق الزوجة من ميراث زوجها المتوفى:
- ٢٢٢..... نفقة المقتدة:
- ٢٢٥..... متعة الطلاق:
- ٢٢٦..... حكم المتعة:-
- ٢٢٧..... تعرض ضرر الطلاق التمسفي:
- ٢٢٨..... طول اجل المهر المؤجل:-
- ٢٢٨..... اجرة الرضاة:-
- ٢٢٩..... حكمة وجوب الارضاع على الام:
- ٢٣٠..... المبحث الثالث: الاثار المختلطة
- ٢٣٠..... المطلب الاول: التعريف بالحضانة
- ٢٣٠..... تعريف الحضانة:
- ٢٣٠..... تكييف الحضانة:
- ٢٣١..... عناصر الحضانة:-
- ٢٣٢..... من هو احق بالحضانة:-
- ٢٣٣..... المطلب الثاني: احكام الحضانة
- ٢٣٣..... تحديد كمية ونوعية الاجرة:
- ٢٣٣..... المسؤل عن الاجرة:-
- ٢٣٣..... المفاضلة بين المتبرهة وطالبة الاجرة:-
- ٢٣٣..... مكان الحضانة:-
- ٢٣٤..... الانتقال بالحضون:
- ٢٣٤..... مسؤولية الملتزم بدفع الاجرة تجاه الحضون:-
- ٢٣٤..... مدة الحضانة:-
- ٢٣٥..... مرقف القانون من الحضانة:-



القسم الأول
أحكام الزواج في الإسلام
(دراسة مقارنة بالقانون)



المقدمة

القرآن دستور الهي اقتصر على الاسس المنهجية والقواعد الكلية صانعا اطارا من الاخلاق تاركا للعقل البشري التفصيلات واحكام الجزئيات، ليتحرك داخل حدود هذا الاطار.

وقد تناول - استثناءً - احكام الأسرة البشرية بشيء من التفصيل في زواج، وطلاق، ورضاع، وحضانة، وللاية، ونفقة، ووصية، وتركه، ووراثه... لسبيين:

احدهما: أهمية وخطورة الأسرة وتأثيرها المباشر على مصير المجتمع صحة وفسادا.

وثانيهما: كل خلل يحدث في احكام الأسرة يمس كرامة الإنسان في أساسها، فاقضى ذلك

تضييق دائرة الاجتهاد، وتحديد تحرك العقل في مسائل الأحوال الشخصية.

وجعل سبحانه وتعالى صلة الزوجية أساسا للسكينة والطمأنينة والرحمة والمودة، ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾^(١).

وقد بنى سبحانه وتعالى زوجية الرجل والمرأة على ثلاثة أسس:

احدها: انها تفاعل هدفه الرئيس النسل الصالح الوارث للأرض، وهو جزء من التفاعل الكوني الطبيعي، فيجب ان يتسم بطابع الثبات والاستمرارية غير قابل للانحلال، شأنه شأن تفاعل الزوجية بين سائر الأجزاء الكونية التي لا تخضع لظاهرة الانحلال.

وثانيها: ان زوجية الرجل والمرأة ذات طبيعتين، الطبيعية الفعلية التي يمثلها الرجل والطبيعة الانفعالية التي تتسم بها المرأة، كالزوجية القائمة بين بقية الأجزاء الكونية، فليس احد الزوجين متفضلا على الآخر ولا متميزا بميزة زائدة تساهم في تكوين النتيجة المستهدفة من الحياة الزوجية، فهو يساهم بفعله وهي تساهم بانفعالها دون أي تفاضل.

وثالثها: طبيعية الفعل تتطلب صفة الحشونة وطاقة المقاومة والتأثير، كما أن مقتضى طبيعة الانفعال اللينة والتحنن والركة والتأثر، ولهذا الواقع الفسيولوجي لو كُلفت إحدى الطبيعتين بوظيفة الطبيعة الأخرى لانعكست نتائج التفاعل الأسري ولتحولت إلى آثار سلبية على الفرد والمجتمع، فالتضت ضرورة الحياة أن يبقى الزوج قائما بدوره الفعلي متحملا مسؤولية تأمين المقومات المادية الأسرية^(١) حتى تتفرغ الزوجة للقيام بدورها الانفعالي وضمان المقومات المعنوية حين أداء رسالتها (رسالة الأمومة) والتربية الصحيحة لتكوين أجيال صالحة واثرة للأرض، انبثاقاً من وعده سبحانه وتعالى ﴿وَلَقَدْ كَتَبْنَا فِي الزُّبُورِ مِنْ بَعْدِ الذِّكْرِ أَنَّ الْأَرْضَ يَرِثُهَا عِبَادِيَ الصَّالِحُونَ﴾^(٢).

لمحة تاريخية للقضاء وقانون الأسرة:

منذ فجر الإسلام كانت الشريعة الإسلامية هي القانون الوحيد الذي يخضع له الروابط والعلاقات بين الناس في العالم الإسلامي لا في الأحوال الشخصية فحسب، بل في جميع القضايا المدنية والجنائية أيضاً.

وكان القضاء يطبقون هذه الشريعة من المجتهدين الذين يتحركون في إطار الشريعة تحرياً عن العدالة دون تقييد بنصوص محددة أو بتطبيق حرفية النص كالتقيد المتبع في القضاء الحديث في ظل القوانين الوضعية. ولكن لم يبق القضاء على هذا النمط، بل تطور نحو التمهق إلى الورا كما يلي:

أ - في عهد الرسالة:

كان الرسول ﷺ أول قاض في الإسلام، وقد أصبحت سوابقه القضائية تشريعا لامته يتمسك بها المجتهد والقاضي والمفتي باعتبارها من سننه التي تحتل المركز الثاني بعد القرآن الكريم من حيث المصدرية للأحكام الشرعية.

(١) وهذا المعنى هو المراد من قوله تعالى: (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ). النساء / ٣٤.

(٢) سورة الانبياء / ١٠٥

وقد كُلف بممارسة القضاء في آيات كثيرة منها قوله تعالى ﴿فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ﴾ ^(١)، ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ﴾ ^(٢).

ولم يحصر الرسول ﷺ السلطة القضائية في شخصه، بل خول غيره من أصحابه بممارسة هذه المهمة الخطيرة، كتخويل معاذ بن جبل بالقضاء حين اراده قاضيا وواليا في اليمن وقال له: **«كَيْفَ تَقْضِي إِذَا عَرَضَ لَكَ قَضَاءٌ؟ قَالَ: أَقْضِي بِكِتَابِ اللَّهِ، قَالَ: فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي كِتَابِ اللَّهِ؟ قَالَ: فَبِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، قَالَ: فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَلَا فِي كِتَابِ اللَّهِ؟ قَالَ: اجْتَهِدْ رَأْيِي وَلَا أَلُو.»** ^(٣) فَضَرَبَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ صَدْرَهُ وَقَالَ: الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ اللَّهِ لِمَا يَرْضَى رَسُولُ اللَّهِ ^(٤)، ففرح الرسول بهذه العقلية الفقهية الناضجة، وبهذا النهج المتسلسل لمراجع القضاء التي ادرکها هذا الصحابي الجليل، وهكذا شجع اصحابه على التحرك العقلي السليم في ضوء اسس الشريعة الإسلامية.

ب - في عصر الخلفاء الراشدين:

اتبع الخلفاء الراشدون وبقية الاصحاب نهج الرسول القويم في القضاء وفي تحويل الغير به، فسلوكوا سبيله من تعليل الاحكام وبيان اسبابها، فتارة يُعلّلون الحكم بما نص عليه القرآن او نطق به الرسول ﷺ، وطورا يوسعون دائرة الحكم عن طريق تعليله بالعلة، فيقضون بنفس الحكم في كل مجال تتحقق فيه هذه العلة. وكان الحكم بالاجتهاد قد يسبقه الاستشارة بالآخرين من اهل الاجتهاد.

ج - في العهد الاموي :

كان القضاة أيضا من المجتهدين غير مقيدين بحدود معينة، بل كانوا يستقون الأحكام لجميع القضايا من القرآن الكريم، ثم من السنة النبوية، ثم الاجتهاد بالرأي المعزز بدليل

(١) سورة ص، ٢٦/

(٣) سورة النساء / ١٠٥

(۳) ای لا اقصر

(۴) ابو داود: ۳۱۱۹

معترف به شرعا كالقياس، والمصلحة والعرف وغير ذلك من الأدلة التي أُطلقت عليها في ما بعد (المصادر التبعية).

د - في الزمن العباسي :

تطور القضاء بحيث لم يعد من بين شروط القاضي ان يكون مجتهدا، بل مارس القضاء في هذا العصر أناس منهم من كان مجتهدا ومنهم من كان مُقلدا لمذهب معين يستقي منه الأحكام. فادّى ذلك الى تضارب الاحكام لتباين اراء المذاهب التي كان القضاء المقلدون يستندون اليها، فجاءت الاحكام القضائية متضاربة متباينة في حوادث متشابهة، ولعلاج هذه الظاهرة تولّى ابو يوسف^(١) في عهد الرشيد منصب قاضي القضاة^(٢) فحاول علاج المشكلة باختيار القضاة ممن لهم الامام بمذهب ابي حنيفة والزمهم بالعمل بموجبه تخلصا من التضارب والتباين في احكام القضاء.

وعلى الرغم من تدوين ضوابط المحاضر والسجلات واقوال المتخصصين وصدر الاحكام منذ سنة ١٢٠هـ. بفضل ابن شبرمه قاضي الكوفة ومن جاء بعده من القضاة الذين اتبعوا نهجه، فان تلك السوابق القضائية حُرِم منها العالم الإسلامي بسبب ويلات ونكبات اصابت دواوينها نتيجة غزو الغزاة فأتلفتها.^(٣)

هـ - في العهد العثماني :

بعد ان اصبح العراق جزءاً من الدولة العثمانية في اوائل القرن السادس عشر (١٥٣٢م) ودام تحت حكمها زهاء اربعة قرون، كان قانون العائلة هو الذي يُطبق، ثم طُوِر بعد ان أعلن سلطان عبد الحميد ما يسمى (الاصلاح والانظمة الغربية) واستمر ذلك الى عهد الاحتلال. وبعد الاحتلال البريطاني ١٩١٧م للعراق صدر عام ١٩٢٣ قانون المحاكم الشرعية، فاستحدثت بموجبه المحاكم الشرعية السنية الخاصة والخاضعة لمجلس التمييز السني الشرعي، تُطبق الفقه السني (وبصورة خاصة فقه ابي حنيفة) كقانون العائلة، والمحاكم الشرعية الجعفرية الخاصة والخاضعة لمجلس التمييز الجعفري الشرعي لتطبيق الفقه الجعفري.

(١) هو يعقوب بن ابراهيم بن ابي ليلى الانصاري نسباً الكوفي نشأ (١١٣ - ١٨٣هـ).

(٢) وهو بمثابة وزير العدل في هذا العصر وكان يُسمى شيخ الإسلام في العهد العثماني.

(٣) الأستاذ محمد شفيق العاني، احكام الاحوال الشخصية في العراق ط ١٩٧٠، بغداد ص ٢٠.

و- في الحكم الوطني:

بعد ان صدر القانون الاساس (الدستور) في عام ١٩٢٥ تم اقرار التمييز المذهبي الوارد في الفقرة السابقة فنصّت المادتان (٧٦، ٧٧) منه على انه يجري القضاء في المحاكم الشرعية للأحكام الشرعية الخاصة بكل مذهب ويكون القاضي من مذهب اكثرية السكان في المحل الذي يعين مع بقاء القاضيين السني والجعفري في مدينتي بغداد والبصرة.

وفي عام (١٩٢٢) جرت محاولة لاصدار قانون الاحوال الشخصية على ان يؤخذ من الفقه الإسلامي دون تقييد بمذهب معين، فقام به ديوان التدوين القانوني ووضع لائحة لهذا المشروع، غير انه لم يكتب له النجاح.

وفي ١٩٤٥/١/٢٩ اصدرت وزارة العدل امراً بتشكيل لجنة لوضع لائحة قانون الأحوال الشخصية ايضاً ودونت اللجنة مشروعها على اساس المذهبين السني والجعفري، ولكن لم يكتب لهذا المشروع ايضاً أن يصبح قانوناً.

وفي ١٩٥٩/٢/٧ شكلت وزارة العدل لجنة تتكفل وضع لائحة مستقاة من الفقه الإسلامي مما هو متفق عليه او راجع من الاحكام الشرعية، وقد تم وضع المشروع دون تقييد بمذهب معين وكُتب له أن يصبح قانون الأحوال الشخصية المرقم (١٨٨) في ١٩٥٩/١٢/٢٩، وقد اجريت عليه تعديلات متعددة اولها كان بموجب قانون رقم (١١) لسنة ١٩٦٣.

كما صدر قانون السلطة القضائية رقم (٢٦) لسنة ١٩٦٣ فألغي بموجبه مجلسا التمييز الشرعي السني والجعفري وأستعُض عنهما بـ (هيئة المواد الشخصية) من محكمة التمييز، ومن الجدير بالذكر ان مصطلح (قانون الأحوال الشخصية) الذي له اطلاقات اخرى كقانون العائلة وقانون حقوق العائلة، وقانون الأسرة ليس من المصطلحات الفقهية الإسلامية، وانما مصدره التاريخي هو الفقه الايطالي حيث كانت في شمال هذا البلد ولايات ومدن مستقلة طبقت عليها قوانين خاصة سُميت (الأحوال) الى جانب القانون الروماني الذي كان بمثابة القانون العام لجميع الولايات. ثم انتقل المصطلح الى فرنسا حين كانت مقسمة الى مقاطعات اقطاعية، وتبناه القانون المدني الفرنسي بعد توحيد المقاطعات عام ١٨٠٤، ثم تداولته التشريعات الاوربية، وقد استعمل في العراق في المادة (١١) من بيان المحاكم الصادر ١٩١٧/١١/٢٨ مصطلح (المواد الشخصية)، وأستعمل لأول مرة تعبير (الأحوال الشخصية) في قانون المحاكم الشرعية الصادر في ٣٠/٦/١٩٢٣ ثم في القانون الاساس

(الدستور) الصادر في ١٩٢٥ ثم ترسخ في قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم (٧٨) لسنة ١٩٣١، وأخيرا استقر في قانون الأحوال الشخصية القائم.

خطة الدراسة:

تُقسّم دراسة الموضوع الى قسمين: يُخصص الاول لاحكام الزواج والثاني لاحكام الطلاق. وتُوزع دراسة القسم الأول على ستة فصول والقسم الثاني على اربعة فصول:

القسم الاول: احكام الزواج في الإسلام

الفصل الاول: التعريف بالزواج

الفصل الثاني: مقدمات الزواج

الفصل الثالث: محرمات الزواج

الفصل الرابع: عناصر (أركان وشروط) الزواج

الفصل الخامس: الحقوق الزوجية

الفصل السادس: النفقة النسبية

القسم الثاني: احكام الطلاق في الإسلام

الفصل الاول: التعريف بالطلاق

الفصل الثاني: عناصر الطلاق

الفصل الثالث: مدى سلطان الإرادة في التفريق القضائي

الفصل الرابع: آثار فِرَق الزواج



الفصل الاول

التعريف بالزواج

التعريف بالزواج هو معرفة حقيقته وحكمته وحكمه
الشرعي، فتوزع دراسة هذه النقاط على المباحث الثلاثة
الآتية:



المبحث الأول

تعريف الزواج

الزواج في الاصطلاح الشرعي ميثاق ترابط شرعي على وجه التأييد بين رجل وأمرأة تحمل له شرعا هدفه العفاف والنسل وانشاء الأسرة على أسس تكفل لهما السكينة والمودة والرحمة.

والزواج ليس عقدا محله الزوجة، فالزوجة ليست بضاعة تُباع وتُشتري وثمنها مهرها حتى تكون معقودا عليها، لأنها حينئذ تكون أحد طرفي العقد ومعقودا عليها في عقد واحد وهذا ما يأباه الشرع والقانون والمنطق السليم.

هذا من الناحية العقلية واما من الناحية النقلية فان القرآن الكريم نص على ان الزواج ميثاق، بل وصفه بانه ميثاق غليظ في قوله سبحانه وتعالى ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قَنْطَارًا^(١) فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا^(٢) وَإِلْمًا مُبِينًا، وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى^(٣) بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا^(٤)﴾ أي عهدا شديدا. وخلاصة الكلام الزواج شركة روحية بين الزوج والزوجة رأس مالها الحب المتبادل والاحترام المتقابل وروحها السكينة والمودة والرحمة وانجاب جيل جديد صالح.

(١) مالا كثيرا

(٢) ظلما.

(٣) وصل.

(٤) سورة النساء/٢٠، ٢١.

المبحث الثاني

حكمة الزواج^(١)

يُفهم من تعريفه المذكور ويُؤخذ من واقع الحياة أن الغرض الأساس من الزواج هو العفاف والنسل وبقاء سلالة الإنسان، بطريقة تختلف عن كيفية بقاء الحيوانات وتتفق مع المكانة التي يتمتع بها من بين الكائنات الحية وتمييزه منها وتكرمه^(٢) وتنعيمه^(٣) وتصويره بأحسن صورة،^(٤) وانبثاقا من هذا الغرض الرئيس للزواج يجب على الإنسان أن يدرك أن الغريزة الجنسية لم تُخلق لتكون غاية في ذاتها وإنما هي في حقيقتها منقسمة إلى ثلاث غرائز فرعية: أحدها: الغريزة الشهوانية الحيوانية المادية بين الرجل والمرأة، تلك الفتنة التي تجذب أحدهما نحو الآخر.

وثانيتهما: الغريزة العاطفية الروحية المهذبة (أو الحب المعنوي) بين الصنفين^(٥) المتأتية من الرابطة الزوجية.

وثالثتها: غريزة الحب العائلي الذي يربط بين الزوجين من جهة وبينهما وبين الأولاد من جهة أخرى، وهذه الأخيرة هي أساس الرابطة الاجتماعية والأسرية واسمى الغرائز، لأن الأسرة المنبثقة من الرابطة الزوجية خلية المجتمع، فمن الخلايا الأسرية تتكون هياكل المجتمعات وتتبعها في صلاحها وفسادها، فإذا صلحت الأسرة صلح المجتمع وعم الخير وسادت الفضيلة، وإن فسدت فسد المجتمع وعمت الرذيلة.

والخضوع لاحدى هذه الغرائز الثلاث دون الأخرى خروج عن مقتضى سنة الحياة، كما أن استعمال الغريزة الجنسية لغير غرضها الطبيعي اصطدام مع الطبيعة الإنسانية وخروج منها إلى العالم الحيواني.

(١) الحكمة بالمفهوم الفلسفي هي العلة القائية لعمل اختياري يقدم عليه الإنسان.

(٢) قال تعالى (ولقد كرمنا بني آدم).

(٣) قال تعالى (فأما الإنسان إذا ما ابتلاه ربه فأكرمه ونعمه فيقول ربي أكرمني) الفجر: ١٥.

(٤) قال تعالى (ولقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم)

(٥) وإطلاق الجنسيتين عليهما خطأ شائع.

المبحث الثالث

تكليف الزواج (حكمه التكليفي)

يختلف حكم الزواج التكليفي^(١) باختلاف الظروف التي تُحيط بالزوجين وبوجه خاص الزوج، لذا تعتدّ الأحكام الشرعية التكليفية الخمسة في ضوء تلك الظروف كالآتي:

١- الأصل في الزواج بغض النظر عن كل ظرف هو الإباحة، أي التخيير بين الأقدام عليه أو الاعراض عنه دون ترتب أية مسؤولية على فعله أو تركه.

٢- الزواج واجب عند توفر المقدرة المالية والبدنية للرجل، إذا كان يحشى عليه أن يقع في جريمة الخطيئة مع التأكد في أنه لا يظلم الزوجة في قيامه بالواجبات والالتزامات الزوجية.

٣- الزواج مندوب عند وجود المقدرتين (المالية والبدنية) مع عدم قيام الخوف في وقوع الخطيئة أو ظلم الزوجة كما في حالة انشغال الشخص بالدراسة وصرف ارادته إلى تحقيق أهدافه العلمية.

٤- الزواج محرم وبوجه خاص تعدده إذا علم من يروم الأقدام عليه أنه يظلم الزوجة الجديدة أو الزوجة السابقة، لأن الله قيّد جواز التعدد بتحقيق العدالة مع كل واحدة وإلاّ فيُحرم بل يبطل إن خالف أمر الله، لأن الله أمر بالاعتصاف على واحدة في حالة خوف عدم تطبيق العدالة وكل أمر للوجوب ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك وترك الواجب معصية وكل معصية باطلة.

فقال سبحانه وتعالى ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾^(١) أي اقتصروا على زوجة واحدة. وتفسير هذا الأمر بأنه

(١) الحكم الشرعي التكليفي هو مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات المكلفين على وجه الاقتضاء أو التخيير.

والاقتضاء طلب الفعل أو الترك وطلب الفعل على وجه الحتم والالزام ليجاب وإثره الوجوب والفعل المطلوب واجب وعلى وجه الأولوية والافضلية استحباب وإثره الندب والفعل المطلوب مندوب وطلب الترك على وجه الحتم والالزام تحريم وإثره الحرمة والفعل المطلوب تركه محرم وعلى وجه الأولوية والافضلية استكراه وإثره الكراهة والمطلوب تركه مكروه والتخيير هو إعطاء الحرية للإنسان لاختيار فعل أو تركه

للندب أو الارشاد خطأ لا يُغتفر، ومن القواعد الاصولية ان كل حكم اذا كان منوطاً بشرط يكون للاستثناء كما في الاية المذكورة، وبناء على ذلك الاصل في الزواج هو الاقتصار على واحدة والتعدد يكون استثناءً ولاسباب مجرة كما يأتي في محله.

هـ- الزواج مكروه اذا غلب على ظنه انه لا يقدر على ان يفي بالالتزامات الزوجية لعدم قدرته المالية أو البدنية أو لانه لا يستطيع ان يضبط ارادته ليمنع نفسه من التجاوز على حقوق الزوجة.



الفصل الثاني

مقدمات الزواج

الزواج لاهيته وخطورته في حياة المجتمع ولديمومته
ووفائه بفرضه يتطلب ان تسبقه مقدمات ثلاث: الاولى -
حسن الاختيار، والثاني التعارف المتبادل والثالث
الخطبة، ونفرد كل مقدمة منها بمبحث مستقل.



المبحث الاول

حسن الاختيار للشريك والشريكة في الحياة

الزواج ليس حقل التجارب حتى اذا فشل الحظ في احداها يُجرب في اخرى، ولا تجارة اذا خسرت في بضاعة تُبدل باخرى رابحة، بل هو ميثاق وعهد ورباط بين ذكر وانثى من بني الإنسان، يفوق كل رباط وكل علاقة بين الافراد في المجالات الاخرى، بل ان مدى سعادة وشقاء كل فرد من افراد الأسرة يُقاس بمدى قوة وضعف هذا الرباط المعنوي بين الزوجين، ولهذا بل ولاكثر من هذا يتحتم على كل من يريد ان يكون زوجا لآخر لإنشاء كيان مشترك، أن يبدأ أولاً بأسسه الثابتة وركائزه المتينة حتى لا يتعرض بناؤه للتصدع والانهياء، لانه اذا انهدم لا تقتصر آثاره السيئة والسلبية على من كان تحت سقفه من الزوجين والاولاد فعسب، بل تتجاوزهم الى المجتمع فتجرّه الى ويلات التشرد والانحراف، وبالتالي الى تفشي ظاهرة السلوك الاجرامي.

مواصفات الاختيار الصائب؛

كل انسان اراد أن يُرشح من يكون شريكه مدى الحياة في شركة روحية رأس مالها التضامن والتكافل في السراء والضراء، عليه ان يُراعي ضرورة توفر المواصفات الاتية:

اولاً: ان يكون المرشح ذا صلاح ودين؛ حيث تأتي السجية الفاضلة والتحلي بالفضائل والتخلي عن الرذائل لكل انسان ذكراً كان ام انثى في مقدمة جميع المقومات الشخصية، ويدل على هذه الحقيقة ان الله تعالى حين اراد ان يصف نبيه محمداً عليه الصلاة والسلام بما يتميز به من غيره وصفه بقوله ﴿إِنَّكَ لَعَلَى خُلُقٍ عَظِيمٍ﴾^(١)

وقد أخطأ من زعم أن الاخلاق نسبية تتغير من مجتمع الى اخر ومن زمان الى زمان، فهذا زعم ساقط مبني على الخلط بين الاخلاق وبين الاعراف والصادات، فالأخلاق صفات ثابتة لا تخضع للتبدل مهما تطورت الحضارة البشرية، فلا يأتي يوم يقضي العقل السليم بحسن الصفات الرذيلة كالكذب والحيانة والتفسخ الخلقي وامثالها، أو

يحكم بقبح مكارم الاخلاق كالصدق والامانة والعفة واشباهها، ما دام الإنسان محتفظاً بصفته الإنسانية غير منحط الى المستوى الهنجي والسلوك الحيواني.

وقد أكد الرسول ﷺ رعاية صفة الصلاح في الدين والاخلاق عند الزواج في اقوال كثيرة، منها قوله المعروف «تنكح المرأة لأربع، لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك»^(١). أي العوامل التي تدفع الإنسان الى اختيار امرأة لتكون زوجته في المستقبل هي احدى خصائصها الاربع في غالب العادة مالها، لأن المال يُستعان به على نيل المآرب، وحسبها لأنه مناط التفاخر وحساب مآثر الالباء، وجمالها لأن النفس توافقه الى الجمال، ودينها لأنه أساس القيم ومنبع الاخلاق، وقد حث الرسول ﷺ على اختيار الاخير وقال فإظفر بذات الدين تربت يداك، أي فليكن الدافع هو السبب الاخير، لان تفضيل أية صفة اخرى على الصلاح الديني والاخلاق الحميدة عند التضارب والمفاضلة، يؤدي حتماً الى المذلة التي اشار اليها الرسول ﷺ عن طريق الكناية بقوله (تربت يداك) أي إلتصقت بالتراب، ومنها قوله «تقيوا لنطفكم فإن العرق نزاغ»^(٢) أي ينقل الصفات الوراثية، ان كانت خيراً فخير وان كانت شراً فشر. ومنها قوله ﷺ «تزوجوا من حُبر صالح فإن العرق دساس»^(٣).

وهذه الاحاديث وان خاطبت الرجال ظاهراً الا انها من حيث المعنى والمغزى موجهة الى الصنفين (الذكر والانثى)، فعلى المرأة حين اختيار شريك حياتها ان تراعي ما أمر به الرسول ﷺ وان تُرجع الصلاح الديني والاخلاق الحميدة في من تختاره شريكاً لحياتها، ونعم الزواج زواج توافرت فيه هذه الصفات الاربع الواردة في الحديث الأول بالنسبة لكل من الزوجين.

وحدد الرسول ﷺ في حديث آخر بعض ميزات المرأة الصالحة بعد ان وصفها بأنها خير كنز يكتنزه الإنسان في حياته، فقال: (الا أخبركم بخير ما يكتنزه المرء؟^(٤) المرأة الصالحة: اذا نظر اليها سرته، واذا غاب عنها حفظته، واذا أمرها اطاعته).^(٥)

(١) نيل الاوطار ١١٩/٦، سنن أبي داود مع حاشية عون المعبود ١٢٤/٢.

(٢) الحديث عند ابن ماجه وقد انفرد به عن اصحاب الكتب التسعة

(٣) طبقات الشافعية الكبرى ٣١٠/٦

(٤) أي مايكنزه المرء.

(٥) نيل الاوطار ١١٤/٦

ثانياً: ان تكون بكرًا، من المفضل والمستحسن ان يختار الرجل البنت الباكر، وتختار البنت الرجل الباكر ^(١) ما لم تكن هناك ظروف خاصة تدعو الى خلاف ذلك والاصل في هذا الوصف أيضاً أحاديث الرسول ﷺ، منها ما رواه جابر بن عبد الله من انه قال (قال رسول الله ﷺ: أتزوجت؟ قلت: نعم. قال: بكرًا أم ثيبًا؟ فقلت: ثيبًا، قال: هلاً بكرًا ^(٢)) تلاعبها وتلاعبك؟ قلت: ان ابي قُتل يوم أُحد وترك تسع بنات، فكرهت ان أجمع اليهن جارية خرقاء ^(٣) مثلهن، ولكن امرأة تمشطهن وتقوم عليهن. فقال: بارك الله لك. ^(٤)) ومنها قوله: (عليكم بالابكار فإنهن أعذب افواهها وأنقى ارحامها ^(٥)) وارضى باليسر).

وعلل الرسول ﷺ في الحديثين المذكورين وجه افضلية زواج البكر بأن فيه الألفة التامة، فإن الثيب قد تكون متعلقة القلب بالزوج الاول، فلا تكون محبتها كاملة بخلاف البكر، وبأنها اكثر رضا بالوضع المالي للزوج. وقالوا في البكر ثلاث فوائد:

إحداها: ان الباكر تُحب الزوج الاول وتألفه والطباع مجبولة على الأنس بأول مألوف، وأما التي مارست الرجال، فربما لا ترضى ببعض الاوصاف التي تُخالف ما آلفته فتكره الزوج الثاني.

الثانية: ان ذلك اكمل في مودتها له.

الثالثة: لا تحن الا للزوج الاول. وقد قيل سابقاً:

نقل فؤادك حيث شئت من الهوى ما الحب الا للحبيب الاول

كم منزل في الارض يألفه الفتى وحنينه ابداً لأول منزل

استشير شخص في قضية زواج فقال للمستشير: النساء ثلاث، واحدة لك، وواحدة عليك، وواحدة لا لك ولا عليك.

فالبكر لك وذات الولد من غيرك عليك، والثيب لا لك ولا عليك.

(١) لفظ الباكر يقلب استعماله للناث، وهو يقابل الثيب، ويجوز استعماله للرجال غير المتزوجين سابقاً.

(٢) مفعول لفعل محذوف، تقديره هلا تزوجت بكرًا، وهناك رواية اخرى (افلا بكرًا). هلا أداة تنديد، ان دخلت على فعل ماضٍ، وأداة تحضيض ان دخلت على المستقبل.

(٣) وهي التي لا تحسن العمل.

(٤) نيل الاوطار ١١٩/٦. سنن أبي داود ١٢٥/٢.

(٥) أي اكثر اولاداً، يقال للمرأة كثرة الاولاد.

المبحث الثاني

تعريف كل من الطرفين على الآخر

المنطلق الاول لهذا التعارف هو الرؤية ونظر كل للآخر في الحدود المشروعة ووقت هذا التعارف يجب ان يكون قبل الخطبة وبعد العزم مع غلبة الظن في الاستجابة وقد وردت احاديث كثيرة من الرسول ﷺ بصدد هذه المقدمة من مقدمات الزواج وتناوله الفقهاء بالبحث في كتاب النكاح ومن هذه الاحاديث:

قوله ﷺ: (إِذَا أُلْقِيَ اللَّهُ فِي قَلْبِ امْرِئٍ خِطْبَةٌ امْرَأَةٍ فَلَا بَأْسَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهَا).^(١)
وقوله: (إِذَا خُطِبَ أَحَدُكُمْ الْمَرْأَةَ^(٢) فَإِنْ اسْتَطَاعَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَا يَدْعُوهُ^(٣) فَلْيَفْعَلْ)^(٤)
وفي رواية اخرى: (إِذَا خُطِبَ أَحَدُكُمْ الْمَرْأَةَ فَإِنْ اسْتَطَاعَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَا يَدْعُوهُ إِلَى نِكَاحِهَا فَلْيَفْعَلْ).

وقد بين الرسول ﷺ في احاديثه حكمة رؤية المخطوبة، فقد روي ان المغيرة بن شعبه خطب امرأة، فقال له النبي ﷺ: أنظرت إليها؟ فقال: لا، فقال له الرسول ﷺ: انظر إليها فإنه احرى ان يؤدم بينكما.^(٥)

وكذلك من الضروري للمخطوبة ان تنظر الى من خطبها حتى تأتي الموافقة على الخطبة والزواج مقرونة بالرغبة التامة والرضا الكامل.

وعدم تعرض احاديث الرسول ﷺ لنظر المخطوبة الى الخاطب لا يدل على ان جواز النظر يقتصر على الرجل، وإنما يدل على ان المرأة غالباً تكون مُستترة، فجاء النص صراحة بجواز النظر إليها، اما الرجل فهو دائماً ظاهر غير مستتر، تستطيع المخطوبة ان تراه بسهولة وان تتعرف على محاسنه وقبحاته بدون وجود عائق، بخلاف نظر الرجل الى المرأة، ولهذا اقتضت

(١) ابن ماجه: ١٨٥٤ السنن الكبرى ٨٥/٧ نيل الاوطار ٩٤/٦.

(٢) أي اراد ان يخطبها أو اراد خطبتها لان الرؤية يجب ان تكون قبل الخطبة.

(٣) أي يحمله ويبحثه.

(٤) ابو داود: ١٧٨٣ عون المعبود على سنن ابي داود باب الرجل ينظر الى المرأة.

(٥) سبل السلام ١١٢/٣-١١٣ وفيه: رواه احمد وابو داود ورجاله ثقات.

أحاديث الرسول على الرجل حتى يُبين له أنه رغم اختفاء المرأة عن الانظار، من الضروري أن يراها الخاطب قبل الخطبة إذا عزم على خطبتها وزواجها.

وأما خروج البنت مع من ينوي خطبتها أو حتى بعد خطبتها وقبل الزواج إلى المنتزهات والامكنة العامة بمجة تعرف كل على سلوك الآخر، فهو أمر يُنكره الشرع الإسلامي بشدة ويرفضه العقل السليم، لأن هذه الطريقة بالإضافة إلى عدم مشروعيتها، قد تُسيء سمعة البنت وعائلتها عندما لم يتم الإقدام على الخطبة أو لم يتم الزواج، أيًا كان سبب الاعراض، فعلى من يُهمه أن يصون شرفه ويحافظ على سمعته، ألا يسمح بالاختلاط إلا في البيت أو في أي مكان محترم، مع وجود المحرم بينهما.

الاستشارة:

بالنظر لتطور الحياة وتغير النفوس وتصنع كل من الخاطب والمخطوبة والظهار بما ليس فيه من صفات تجلب الطرف الآخر إليه وتزيد في رغبته في الإقدام على الخطبة والزواج، من المستحب أن يستشير كل من الخاطب والمخطوبة قبل الخطبة بأمين يكون محل ثقة وصدق وأمانة يعرف سلوك الآخر وسيرته وأصله ونسبه ومكنته المالية ومركزه الاجتماعي في المجتمع وسمعته في منطقة سكنه إلى غير ذلك من الاستفسارات الضرورية التي تكشف حقيقة واقع كل منهما، لأن شركة الزواج تختلف في جوهرها وطبيعتها وأهدافها عن كل شركة أخرى في الحياة.

وقد تترتب على انسحاب أي منهما عن الخطبة والعدول عنها بعد الإقدام عنها نتائج سلبية مادية ومعنوية.

أمانة المستشار:

من استشير في خاطب أو مخطوبة حول الصلاحية وعدم الصلاحية لبناء الرباط الزوجي والحياة المشتركة في السراء والضراء، يجب عليه أن يقول الحقيقة والواقع، وأن يذكر المساوي والمخاسن، وأن يُبين العيوب الموجودة إذا كان لها التأثير على مستقبل الحياة الزوجية، لأن المستشار معتمد ومستأمن ومحل ثقة من استشاره ولأنه يقرر مقسداً مصير نجاح أو فشل الزواج ببيان الحقائق ذات التأثير.

وذكر المساوي والعيوب مُحرم في الشريعة الإسلامية الا في حالة الاستشارة ويجب الاقتصار على ما يتعلق بالحياة الزوجية، فهو ليس غيبة وانما تقديم عون ومساعدة الى من استشاره، والدليل على مشروعية ذلك هو ان فاطمة بنت قيس حين استشارت رسول الله ﷺ في تزوجها من ابي جهم أو معاوية، قال لها: (أَمَّا أَبُو الْجَهْمِ فَلَا يَضَعُ عَصَاهُ^(١) وَأَمَّا مُعَاوِيَةُ فَصُعْلُوكٌ لَا مَالَ لَهُ، ائْكِحِي أُسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ).^(٢)

وكذلك لو استشير الحاطب^(٣) في أمر نفسه فان كان فيه عيب أو نقص أو عدم المكنة المالية أو القابلية البدنية للمعاشرة الزوجية لوجب ذكر الحقيقة وبيان الواقع حتى لا يخدع الطرف الآخر.^(٤)

وجملة الكلام هو انه يجب ان يذكر الحاطب لمخطوبته جميع العيوب البدنية والمالية والاجتماعية والصحية اذا وجد عيب من هذه العيوب أو غيرها، وكذلك يجب على المخطوبة ان تذكر لحاطبها كل ما فيها من عيب أو نقص اذا وجد.

(١) هذا الكلام كناية عن انه كثير الضرب والايذاء لزوجته ويرى البعض انه كناية عن كثرة السفر.

(٢) مسند الامام احمد: ٢٦٠٦٣. مفني المحتاج للشريفي ١٢٧/٣ اعانة الطالبين للدمياطي ٢/٢٦٢.

(٣) والمراد به ما يشمل المخطوبة ايضاً.

(٤) مفني المحتاج للشريفي ١٢٧/٣ اعانة الطالبين للدمياطي ٢/٢٦٢.

المبحث الثالث

الخطبة وآثار العدول عنها

الخطبة: بكسر الحاء وفتحها: إبداء الرجل رغبته في زواج امرأة معينة خالية من الموانع الشرعية واستجابة الرغبة منها، فهو خاطب وهي خطوبة.

تكييف الخطبة:

الخطبة ليست بعقد زواج وإنما هي وعد به فالعدول عنها لا يؤدي إلى مسؤولية عقدية، وإنما يكون مصدر المسؤولية التقصيرية إذا لم يكن للعدول مبرر شرعي.

أهمية الخطبة:

الزواج رباط شرعي خطير وميثاق مهم بين الذكر والأنثى يتطلب التروي والتبصر وقطع مقدماته بخطوات متسلسلة مقترنة بالتمحص والدقة والتروي والتأكد من توافر رضا الطرفين ورضا أسرتهما، لأن كل عيب يشوب هذا الرضا سيؤدي غالباً إلى فشل هذا الرباط. فالخطبة هي المرحلة الأخيرة من مراحل ومقدمات الزواج وحجر أساس لبناء الكيان الزوجي، فإذا تمت بنجاح تكون ضماناً لنجاح الزواج في المستقبل.

الخطبة على خطبة الغير:

نهى رسول الله ﷺ عن الخطبة على خطبة الغير ما لم يأذن الخاطب الأول أو يترك الخطبة. فعن ابن عمر رضي الله عنهما، كَانَ يَقُولُ: (نَهَى النَّبِيُّ ﷺ أَنْ يَبِيعَ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ، وَأَنْ يَخْطُبَ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ حَتَّى يَتْرُكَ الْخَاطِبُ قَبْلَهُ أَوْ يَأْذَنَ لَهُ الْخَاطِبُ).^(١) واختلف في حكم زواج الخاطب الثاني خطوبة الخاطب الأول، فقال جمهورهم^(٢): الزواج صحيح لأن الخطبة ليست عقداً ولكن الخاطب الثاني آثم أمام الله يسأل ديانة لا قضاءً.

(١) صحيح البخاري: ٤٧٤٦. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢١٧/٢

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢١٧/٢

فالنهي في الحديث لا يدل على فساد المنهي عنه، لأنه ليس لذاته ولا لوصفه اللازم، وإنما لوصف غير لازم وهو إيذاء قلب الخاطب الأول.

وقال الظاهرية: يكون زواج الخاطب الثاني فاسدا يجب فسخه مطلقا، سواء دخل بها أم لا، لأن النهي يُفيد فساد المنهي عنه مطلقا، أي سواء أكان النهي لذات المنهي عنه أم لوصفه اللازم أم لوصفه غير اللازم.

والرأي المشهور في مذهب الامام مالك هو التفصيل الآتي:

على القاضي قبل الدخول إذا علم به أن يحكم بفسخ الزواج وتفريق الزوجين، أما بعد الدخول فيبقى مستمرا لا يُفسخ، لأنه تأكد بالدخول وفسخه يترتب عليه ضرر أكثر من ضرر الخطبة على الخطبة.^(١)

أثر العدول عن الخطبة:

أهم آثار العدول عن الخطبة بدون مبرر، ما يأتي:

أ- العدول بدون مبرر يُعتبر منافيا للأخلاق والسلوك السليم، لأن الله تعالى أمر بالوفاء بالوعد في قوله الكريم: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾^(٢)

وأكد ذلك الرسول ﷺ في قوله (آيَةُ الْمُنَافِقِ ثَلَاثٌ إِذَا حَدَّثَ كَذَبَ وَإِذَا وَعَدَ أَخْلَفَ وَإِذَا أُؤْتِمِنَ خَانَ).^(٣)

ورغم ذلك فإن الشريعة الإسلامية لم تلزم الخطيبين بإكمال الزواج قضاءً، وإنما الالتزام ديانة، لأن الالتزام القضائي يكون إكراها على الزواج والزواج ميثاق دائم يجب إبعاده عن كل إكراه.

ب - اتفق فقهاء الشريعة والقانون على أن ما يقدمه الخاطب لمخطوبته على أساس أنه مهر أو جزء منه يجب رده أو رد بدله مطلقا إذا لم يتم الزواج إياها كان السبب، سواء كان إراديا أو لا إراديا كالوفاة، لأن المهر من آثار الزواج وهو لم يحصل.

(١) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٣٥١/٨.

(٢) سورة الاسراء: ٣٤

(٣) صحيح البخاري: ٣٢

ج - وفي ما عدا المهر، اذا كان هناك شرط أو عُرف بصدد ردّ الهدايا أو عدم الردّ، يجب العمل بمقتضاه واذا لم يكن شرط ولا عرف، فان كان العدول من الخاطب فلا رجوع له في شيء من هداياه، لانه آلم المخطوبة بالعدول عن الخطبة، فلا يحقّ له ايلامها من جهة اخرى بمطالبتها بالهدايا التي قدّمها لها أو ببدلها.

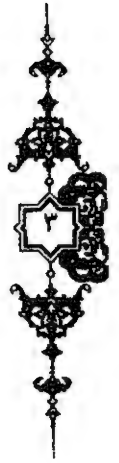
وان كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما قبضته اذا كان باقيا، وبذلك ان لم يكن باقيا، لانها آلمته بالعدول، فلا يحقّ لها ايلامه بالاحتفاظ بهداياه وعدم ردها،^(١) ولان الهدية اذا كانت لغرض لم يتحقق فللواهب استردادها^(٢).

د - اذا انتهت الخطبة بوفاة احدهما قبل الزواج أو بعارض آخر لا ارادي وحال دون اكمال الزواج، فلا يسترد شيء من الهدايا الا باتفاق رضائي.

هـ - اذا ترتب على العدول عن الخطبة ضرر مادي كالاستقالة من الوظيفة أو الاعراض عن الدراسة أو مشروع ربح أو نحو ذلك، أو ترتب عليه ضرر معنوي كالتشهير أو المساس بالشرف والعرض، يتحمل المتسبب منهما التعويض للاخر على اساس المسؤولية التقصيرية.

(١) مواهب الجليل شرح مختصر خليل ٤٠٥/٣.

(٢) في اعانة الطالبين للدمياطي ٢٦٧/٣: (ومن خطب امرأة وانفق عليها ليتزوجها ولم يحصل التزوج له الرجوع بما انفق على من دفعه له سواء اكان مأكلا ام مشريا ام ملبسا أم حليا).



الفصل الثالث

محرمات الزواج

محرمات الزواج من النساء قسمان، محرمات تحريرا
مؤبدا لا يحل الزواج بهن أصلا، ومحرمات تحريرا مؤقتا
تحرير الزواج بهن لا لذاتهن وإنما لمانع عارض قام بهن
وإذا زال المانع عاد الممنوع وجاز الزواج بهن.
وتقسم دراسة هذين القسمين الى مبحثين، ثم يعقبهما
مبحث ثالث لدراسة مبررات تعدد الزوجات.



المبحث الأول المحرمات تحريماً مؤكداً

وهن من حيث سبب التحريم ثلاثة أنواع: محرمات بسبب القرابة، ومحرمات بسبب المصاهرة، ومحرمات بسبب الرضاعة.

النوع الأول - المحرمات بسبب القرابة؛

وهي أربعة اصناف:

الصنف الأول - فروع الرجل من النساء وفروع فروعه وان نزلوا فتُحرم عليه بناته وبنات اولاده (ذكورا كانوا أو اناثا) وان نزلوا، وتُحرم على الرجل بنته من الدخول في الزواج الفاسد، لأن لها النسب بسبب الشبهة.

الصنف الثاني - اصول الرجل من النساء واصول اصوله وان علون، فتُحرم عليه امه وجدته من جانب الاب ومن جانب الام وان علت.

الصنف الثالث - فروع ابويه وفروع فروعهما من النساء وان نزلن، فتُحرم عليه اخواته (شقيقات أو من الاب أو من الام) وبناتهن وان نزلن، وبنات اخوته (الاشقاء أو من الاب أو من الام) وان نزلن.

الصنف الرابع - فروع اجداده وجداته في المرتبة الاولى، فتُحرم عليه عماته وخالاته - دون بناتهن^(١) - كما تُحرم عليه عمات وخالات ابويه.

والدليل على تحريم النساء من هذه الاصناف الاربعة القرآن الكريم، قال سبحانه وتعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ^(٢) وَبَنَاتُكُمْ^(٣) وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ^(٤) وَبَنَاتُ الْأَخِ^(٥) وَبَنَاتُ الْأَخْتِ^(٦)﴾^(١) والبنت في هذه الآية الكريمة تشمل ما تكون ثمرة الدخول المقتن

(١) فيجوز زواج بنات العمات والاعمام والخالات والاخوال.

(٢) الام تشمل الجدة وان علت.

(٣) البنت تشمل بنت الابن وبنت البنت وان نزلت.

(٤) ويشملن عمات وخالات من الابوين لو الاب أو الام.

(٥) وان نزلن.

(٦) وان نزلن.

بالشبهة، كما في الزواج الفاسد. فمن تزوج زوجا مؤقتا (كالمتعة) أو بدون حضور الشاهدين، أو أي زواج آخر اختلف فقهاء الشريعة في صحته، يكون الدخول في مثل هذا الزواج مقترنا بشبهة الحل لوجود العقد ولو صورة وتترتب عليه الآثار الآتية:

١. يكون نسب الولد الناتج من هذا الدخول كالنسب في الزواج الصحيح من حيث الحقوق والالتزامات.
٢. يجب للمدخل بها مهر المثل.
٣. تجب على المدخول بها العدة من الفرقة بينهما ويجب على القاضي الحكم بهذه الفرقة فوراً.
٤. لا تطبق عقوبة جريمة الزنا على الداخل والمدخول بها لوجود الشبهة.
٥. تثبت المصاهرة بهذا الدخول.

النوع الثاني: المحرمات بسبب المصاهرة:

وهن أربعة اصناف:

الصنف الأول - فروع زوجته المدخول بها سواء بقيت الزوجة في عصمته أو طلقها أو توفيت، فتُحرم على الزوج الداخل بنات زوجته من زوجها السابق وبنات بناتها وبنات ابنتها وإن نزلن، أما إذا تزوجها فطلقها أو توفيت قبل الدخول فلا يُحرم من، بمقتضى قوله تعالى ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾، فهذه الآية معطوفة على (امهاتكم) أي (حُرمت عليكم ربائبكم اللاتي... الآية)، وقيد (دخلتم بهن) معتبر في الحكم، فاذا تحقق يطبق منطوق النص (التحريم) وإذا تخلف يطبق مفهوم مخالفته النص (عدم التحريم) الذي اكده سبحانه وتعالى بقوله ﴿إِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾.

أما قيد (في حجوركم) فليس معتبرا في الحكم وإنما ورد في الآية بناء على واقع الحال، وهو أن البنت من الزوج السابق إذا لم تتزوج تكون في حجر الزوج الجديد غالباً.

الصنف الثاني - اصول الزوجة سواء دخل بها أو لا ، فمن تزوج امرأة يحرم عليه أصولها (أمها وجدتها من جانب الأب ومن جانب الأم وإن علت) بمجرد العقد ، فإذا طلقها أو توفيت قبل الدخول ، يبقى التحريم مستمرا مؤبدا لقوله تعالى (وامهات نسائكم) لانه معطوف على قوله تعالى (امهاتكم) أي حرمت عليكم امهات نسائكم ، فورد النص مطلقا عن قيد الدخول والمطلق يعمل باطلاقه ما لم يثبت تقييده ولم يثبت ، فاجمع الفقهاء على التحريم بمجرد انعقاد الزواج ، والحكمة في التفرقة بين بنت الزوجة من الزوج السابق فلا تحرم الا بعد الدخول بأمرها ، وبين ام الزوجة (أو جدتها) فتحرّم بمجرد عقد الزواج وإن لم يحصل الدخول ، هي ان الزوج يحتاج الى مساعدة أم زوجته في اكمال مراسيم الزواج ومتطلباته ، فاراد الله ان تصبح بمثابة أم للزوج بمجرد انعقاد زواج بنتها ، دون العكس فالمرأة التي تتزوج بعد الطلاق أو الوفاة لا تحتاج الى مساعدة بنتها من الزوج السابق ، لانها مرّت بتجربة الحياة الزوجية واصبحت لها الخبرة في كل ما يتعلق بمتطلبات الزواج الجديد .

الصنف الثالث - زوجات الاصول ، فتحرّم على الرجل بمجرد انعقاد الزواج زوجة ابيه وإن لم يدخل بها وزوجة جده من جانب الاب أو من جانب الام وإن علوا ، سواء حصل الدخول أو لا ، لقوله تعالى ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً ^(١) وَمَقْتًا ^(٢) وَسَاءَ ^(٣) سَبِيلًا ^(٤) ﴾ والمراد بالنكاح في قوله (ولا تنكحوا) عقد الزواج (معناه الشرعي) والوطء (معناه اللغوي) عند من يرى ثبوت المصاهرة بالزنى ^(٥) .

والمراد ب(ما قد سلف) هو ما قد سبق من فعلكم ذلك ، فانه معفو عنه وهذا مبدأ من مبادئ عدم رجعية النص ، فالتحريم ليس له الاثر الرجعي من حيث العقاب ، فلا اثم عليه لكن عليه الفرقة فوراً بعد الإسلام ، لان الآية تدل على عدم العقاب على ما فعل قبل الإسلام ولا يدل على صحته ، وكانوا في الجاهلية يفعلون

(١) أي نكاحهن كان فاحشة قبيحا .

(٢) أي سببا للمقت وهو اشد البغض .

(٣) أي يتس سبيلا وطريقا ذلك .

(٤) سورة النساء / ٢٢ .

(٥) العقد والوطء على اساس الجمع بين المعنى الحقيقي والمجازي أو الجمع بين المعنيين الحقيقيين اذا اعتبر مشتركا لفظيا وهذا اتجاه الحنفية .

ذلك كثيرا، لان الزوجة كانت تُعتبر بمثابة جزء من التركة يتزوجها غالبا الابن الاكبر من زوجة اخرى.

الصنف الرابع = زوجات الفروع، فعُرِّمَ على الرجل زوجة ابنه وان لم يدخل بها وزوجات ابناء ابنه أو ابناء بنته وان نزلوا، لقوله تعالى ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾^(١) والقيد الاخير في هذه الآية (من اصلا بكم) ليس له مفهوم المخالفة، لانه يسري نفس الحكم (التحريم المؤبد) ولو كان الابناء من الرضاة.

النوع الثالث = التحريم بسبب الرضاة

والرضاة بكسر الراء وفتحها في اللغة شرب اللبن من ثدي الإنسان أو الحيوان، وفي الاصطلاح الشرعي مَصُّ الرضيع اللبن من ثدي امرأة في زمان مخصوص^(٢). والراجع انه لا يشترط ان تكون المُرْضعة متزوجة كما لا يشترط ان يمتص الرضيع الثدي، بل الرضاة له التأثير في التحريم وان سقى الرضيع باللبن، وكذلك الراجع ان الحرمة تثبت بخمس رضعات مشبعات، لان هذا القدر وسط بين رأي من يرى انه يجب أن لا يقل المقدار عن عشر رضعات^(٣) وقول من يرى انه يكفي في التحريم اقل ما يُطلق عليه شرب اللبن^(٤)، ولان العدد (الخمس) ورد في الحديث الصحيح^(٥).

وجدير بالذكر ان تأثير شرب لبن امرأة من غير والدة الرضيع ينحصر في شخص الرضيع وحده ولا تأثير له على اصوله وفروعه واخوته واخواته، فالرضيع وحده يصبح احد اعضاء اسرة المُرْضعة والحرمة في التزاوج تكون بين هذا الرضيع وأصوله وفروعه وبين اصول وفروع وحواشي المُرْضعة، ولا تأثير للرضاة بالنسبة لاخوة واخوات الرضيع، فيجوز الزواج بينهم وبين اصول وفروع وحواشي المُرْضعة، والرضاة يشبث بشهادة رجل وامرأة وشهادة امرأتين. ويسري حكم التحريم على طفلة وطفل شربا لبن امرأة فائتة غير أم الطفل والطفلة خمس مرات فأكثر.

(١) سورة النساء / ٢٣.

(٢) بان لا يزيد عمر الرضيع عن سنتين واذا كان عمره اكثر من ذلك فلا تأثير للرضاة في التحريم على الرأي الراجع.

(٣) كالامامية. الروضة البهية للعاملي ٨٣/٢.

(٤) كالحنفية والمالكية.

(٥) صحيح مسلم ١٥٧٥/٢ رقم (١٤٥٢).

هذه النقاط وغيرها يسير من كثير في حكمة التحريم بالنسب.

أما حكمة التحريم بالمصاهرة فهي ان فيها يقتن الرجل بالمرأة حتى يكون كل منهما لباسا للآخر كالجاء الذي لا ينفصل، فالتقضى هذا ان تكون ام الزوجة في التحريم كأمة وان يكون اب الزوج في التحريم كإيها، بحيث يحتلظ بعضهم مع بعض كاسرة واحدة في النسب، وهذا يتعارض مع اباحة الزواج من المحرمات بالمصاهرة، أما حكمة التحريم بالرضاعة فإن لبن المرضعة ينبت في الرضيع اللحم وينشز العظم فيربطه بها ارتباط الولد بأمه من النسب، إضافة الى مكانة الامومة من الرضاع، فالتقدير الذي فرضه القرآن على الفروع تجاه اصولهم ينطبق في حالة القرابة على حالة الرضاعة تماما ايضا.

المبحث الثاني

المحرمات تحريماً مؤقتاً

التحريم في المحرمات المؤقتة ليس ذاتياً وإنما هو عرضي منشأه أسباب عارضة، فإذا زال السبب يزول مسببه،^(١) ثم إن أسباب التحريم من الناحية العملية موانع الزواج، والقاعدة الشرعية العامة (إذا زال المانع عاد الممنوع).^(٢)

والمحرمات المؤقتة من حيث طبيعة أسبابها أو موانعها تنقسم إلى ستة أصناف:
الصنف الأول - المحرمات بسبب ارتباطهن بزواج سابق فعلياً ككون المرأة زوجة للغير، أو حكماً ككونها في عدته للفرقة بالوفاة أو الطلاق أو التفريق القضائي، فمن زوج زوجة الغير أو معتدته قبل انتهاء العدة فزواجه باطل، وعند بعض الفقهاء تحريم عليه تحريماً مؤكداً فلا يحق له أن يتزوجها بعد انتهاء عدتها^(٣) عقاباً على مخالفته. وسيأتي تفصيل العدة في محل بحثها.

الصنف الثاني - الجمع بين المحارم والقاعدة الشرعية العامة أن كل امرأتين بينهما علاقة المحرمية بالقربة أو الرضاع، بحيث لو فرضت كل واحدة منهما ذكراً حُرمت عليه الأخرى لا يجوز الجمع بينهما في الزواج كما ذكرنا في الجمع بين الاختين، فمن تزوج أحدهما لا يحل له الزواج بالثانية إلا بعد الفرقة من الأولى وانتهاء عدتها، ومن المحرمات لهذا السبب زواج المرأة على عمتها أو خالتها أو على ابنة أخيها أو ابنة اختها، للحديث المشهور المجمع عليه الذي هو بمثابة التواتر في وجوب العمل بمقتضاه، كما في قول الرسول ﷺ (لا تُنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا المرأة على ابنة أخيها ولا ابنة اختها، أنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم).^(٤)

(١) لأن السبب يعرف بأنه وصف ظاهر منضبط يلزم من وجوده وجود الحكم ما لم يكن هناك مانع ومن عدمه عدم الحكم.

(٢) مجلة الأحكام العدلية المادة (٢٤).

(٣) وأخذ بهذا الشيعة الإمامية ينظر للجنة الدمشقية وشرحها الروضة البهية للعالمي ٩٠/٢.

(٤) مسلم في شرحه للنووي ٢٩٠/٩. سنن أبي داود ٥٥٣/٢ والنسائي ٩٧/٦. السنن الكبرى ١٦٥/٧.

ويؤخذ من هذا الحديث امران:

أحدهما: هذا القول من الرسول ﷺ مأخوذ من قوله تعالى (وان تجمعوا بين الاختين).

والثاني: ان حكمة تحريم الجمع هي الكراهة الغريزية النفسية لكل ضرة ضد ضررتها الاخرى، وهذه الظاهرة الطبيعية تتنافى مع صلة الرحم وعلاقة القرابة، فهي تؤدي غالبا الى قطع هذه الصلة.

المصنف الثالث - التجاوز عن الحد الاقصى المحدد بأربع في حالة التعدد، فزواج الخامسة باطل، الا بعد الفرقة لاحدى الاربع وانتهاء عدتها، وهذا التحديد نص عليه القرآن والسنة النبوية.

قال سبحانه وتعالى في تحديد الحد الاقصى ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرِبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾^(١).

وقال الرسول ﷺ لغيلان وقد أسلم وتحتة عشر نسوة: (امسك اربعا وفارق سائرهن)^(٢) ويؤخذ من هذا الحديث الشريف حكمان:

أحدهما: ان لا يكون بين الاربع المختارات مانع من موانع الزواج والجمع كالقرابة والرضاع والمصاهرة.

والثاني: هو انه ليس للقاضي ان يستفسر عن كيفية زواج غير مسلم اسلم وتحت عصمته زوجة أو اكثر عن اركان وشروط الزواج الشرعية المطلوبة به في الزواج في الإسلام وذلك تشجيعا على الإسلام.

المصنف الرابع - المحرمات بسبب عدم التدين بدين سماوي كالمشركات، لقوله تعالى ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ أُولَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ﴾^(٣).

وحكمة التحريم هي ان من لا إيمان له لا التزام له، ومن لا التزام له لا امانة له، ومن لا امانة له ليس اهلا لتحمل أية مسؤولية ولا يستحق بناء أي علاقة معه،

(١) سورة النساء / ٣.

(٢) السنن الكبرى ١٤٩/٧.

(٣) سورة البقرة / ٢٢١.

بخلاف المؤمنات برسالة الهية كالمسيحيات واليهوديات، ودليل هذه المشروعية قوله تعالى ﴿الْيَوْمَ أَجِلُّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتِ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾^(١). ولكن عكس ذلك لا يجوز بان تتزوج المسلمة من رجل مسيحي قبل اسلامه أو اليهودي قبل اسلامه، وقد يزعم البعض ان في هذه التفرقة التعصب الديني والتحكم والترجيح بلا مرجح.

ويرد على هذا الزعم بان المرجح موجود وهو ان المسلم والمسلمة لا يقبل ايمانها ما لم يؤمنا بكافة الرسل والكتب السماوية والرسالات السابقة، فلا يكفي مجرد الايمان برسولنا محمد ﷺ وبالقُرآن، وهذا ما نص عليه القرآن الكريم بصراحة في قوله تعالى ﴿آمَنَ الرِّسُولُ بِمَا أَنزَلَ إِلَيْهِ مِنْ رَبِّهِ وَالْمُؤْمِنُونَ كُلٌّ آمَنَ بِاللَّهِ وَمَلَائِكَتِهِ وَكُتُبِهِ وَرُسُلِهِ لَا نُفَرِّقُ بَيْنَ أَحَدٍ مِنْ رُسُلِهِ وَقَالُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا غُفْرَانَكَ رَبَّنَا وَإِلَيْكَ الْمَصِيرُ﴾^(٢) وبناء على ذلك ان كل ما تؤمن به المسيحية واليهودية من المعتقدات الدينية الصحيحة، يؤمن به المسلم دون العكس، فالمسيحية أو اليهودية لا تؤمن لا بالقُرآن ولا برسالة محمد ﷺ كما يؤمن بها المسلم، ولو تحقق هذا الايمان لما بقي الفرق بين زواج المسلم من الكتابية وزواج الكتابي من المسلمة، ومن الواضح ان الشرك والاحاد قابلان للزوال بالهداية الى الايمان وهما مانعان وقتيان، والدليل على عدم جواز زواج المسلمة من غير المسلم هو قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَاِمْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا مِنْ حِلٍّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَأَتَوْهُنَّ مَا أَنْفَقُوا وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ وَلَا تَمْسِكُوا بِعَصَمِ الْكُوفَرِ﴾^(٣).

الصنف الخامس: الفرقة الناجية من الملاعنة، لا تسمح برجوع الزوجين الى ما كانا عليه قبل الملاعنة الا بعد ان يكذب الزوج نفسه ويعترف امام القضاء بان نسبة التهمة الى زوجته لم تكن صحيحة، وقد بين القرآن حكم الملاعنة في قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ

(١) سورة المائدة / ٥٠.

(٢) سورة البقرة / ٢٨٥.

(٣) سورة الممتحنة: ١٠.

الصَّادِقِينَ * وَالْخَامِسَةَ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ * وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ * وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿١٠﴾

وقال رسول الله ﷺ (المتلاعنان لا يجتمعان) .

الصنف السادس: المحرمات بالطلاق البائن بينونة كبرى، فمن طلق زوجته للمرة الثالثة فلا تحل له ولا ترجع اليه بعقد جديد الا بعد ان تتزوج زوجا آخر زواجا مؤبدا لا مؤقتا بإرادة حرة ثم يدخل بها ثم تحصل الفرقة بينهما بوفاء أو طلاق، فبعد انتهاء عدتها يجوز للزوج الذي طلقها للمرة الثالثة ان يستأنف الحياة الزوجية بعقد جديد، لان كلا من الزوجين مرّ بالتجربة وادرك المخطئ منهما خطأه فاذا أعاد الزواج لا يعودان الى الخلاف والشقاق ويأتي تفصيل هذا الموضوع عند البحث عن الطلاق باذن الله.

المبحث الثالث

مبرات تعدد الزوجات

ذكرنا سابقاً ان الغرض الاساس من الزواج ليس اشباع الرغبات الجنسية، وانبثاقاً من هذا الواقع الشرعي يكون مرد حكمة هذا التعدد الى النقاط الآتية:

١- قد تصاب الزوجة بما يمنعها من القيام بالواجبات الشرعية كالمرض والشيخوخة ونحوهما، والزوج السليم الذي لا يتحمل الحرمان من المعاشرة الزوجية اذا لم يُسمح له بالزواج من زوجة اخرى مع قيام الزوجية السابقة، فانه قد يضطر الى طلاق الزوجة المصابة ليفتح الباب امامه بالزواج الجديد وبذلك تضاف الى مصيبة الزوجة الاولى مصيبة جديدة تكون بالنسبة لها كارثة في حياتها. لذا فإن الحكمة الالهية تقتضي الاحتفاظ بالزوجة الاولى مع الاذن بالزواج من زوجة اخرى على ان لا يؤثر الزواج الجديد على راحة وكرامة الزوجة الاولى.

٢- قد تصاب الزوجة بالعقم، والمال والبنون من زينة الحياة الدنيا، كما قال تعالى ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾^(١) فبدلاً من التفريق أو الطلاق الذي هو ابغض الحلال عند الله، يُسمح للزوج ان يتزوج من امرأة اخرى قابلة للانجاب اذا لم يثبت ان الزوج ايضا مصاب بالعقم.

٣- قد تكون طبيعة عمل الزوج أو مركزه الاجتماعي تتطلب اكثر من زوجة واحدة، كما نشاهد هذه الحقيقة في الحياة العشائرية وفي المجتمع المهتم بالثروة الحيوانية أو الزراعية.

٤- قد يكون للزوج شذوذ جنسي لا يكفي بزوجة واحدة وبوجه خاص أن الزوجة لها عادة شهرية، فخلال هذه العادة المعاشرة مُحرمَة حفاظاً على صحة الزوجين، كما قال سبحانه: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ

(١) سورة الكهف: الآية ٤٦.

وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ^١ فبدلاً من أن يتعرض الزوج للخطأ والانحراف الجنسي الذي يضر نفسه وأسرته ومجتمعه، أباح له الشارع الزواج من زوجة أخرى حذراً من الوقوع في الخطأ.

٥- قد تقل رغبة الزوجة عادة في المعاشرة الزوجية بعد انجاب الأولاد بينما يبقى الزوج على نشاطه وحيويته الجنسية، فله الزواج من زوجة أخرى لنفس السبب في الفقرة السابقة.

٦- قد يقل عدد الرجال بالنسبة إلى النساء بسبب ظروف الحرب أو طبيعة البيئة أو نحو ذلك، فالعدالة تتطلب جواز الزواج بأكثر من واحدة لانقضاء الأرامل اللاتي فقدن أزواجهن بسبب الحروب أو غيرها من حرمانهن من التمتع بالحياة الزوجية والمعايشة بطريقة مشروعة بدلاً من الانحراف الجنسي غير المشروع.

وبعد الحرب العالمية الثانية قرأت مقالة في إحدى المجلات غاب عن ذاكرتي اسمها حول مآسي هذه الحرب بالنسبة إلى نساء الدول التي شاركت فيها، حيث أودت بحياة الملايين من الرجال وأصبحت زوجاتهم بلا معيل ولا شريك في الحياة، فاخذت النساء الألمانيات والإنجليزيات يطالبن عن طريق وسائل الإعلام بالسماح بتعدد الزوجات لزوج واحد أسوة بما هو مقرر في الشريعة الإسلامية.

٧- قد يطلق الرجل زوجته لسبب ما فيتزوج من أخرى ثم يرى من المصلحة استئناف الحياة الزوجية مع الزوجة السابقة المطلقة فراجعها بدون عقد إذا كان الطلاق رجعياً ولم تنته عدتها بعد أو بعقد جديد إذا كان الطلاق بائناً أو العدة منتهية، فإذا لم يُسمح بتعدد الزوجات فيضطر أن يطلق الزوجة الجديدة حتى يستأنف علاقته الزوجية مع مطلقتها.

٨- حدد الشارع الحكيم الحد الأعلى للتعدد بربع لتجنب الإفراط المذموم شرعاً وعقلاً، لأن هذا الحق هو أكبر عدد يمكن معه تحقيق العدل بين الزوجات في الحقوق والالتزامات بعيداً عن الظلم المادي أو المعنوي بمقهن.

٩- أمر القرآن الكريم بالاعتصام على واحدة في جميع الأحوال إذا كان التعدد مؤدياً إلى الظلم في حق الزوجة السابقة أو اللاحقة أو كليتهما أو أولادهما كما نص على ذلك قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً^٢ ۚ

(١) سورة البقرة: الآية ٢٢٢.

(٢) سورة النساء: الآية ٣.

The first part of the paper is devoted to the study of the properties of the function $f(x)$ defined by the equation $f(x) = \int_0^x f(t) dt$. It is shown that $f(x)$ is a constant function, and its value is determined by the initial condition $f(0) = 1$. The second part of the paper is devoted to the study of the properties of the function $g(x)$ defined by the equation $g(x) = \int_0^x g(t) dt$. It is shown that $g(x)$ is a constant function, and its value is determined by the initial condition $g(0) = 1$.

The third part of the paper is devoted to the study of the properties of the function $h(x)$ defined by the equation $h(x) = \int_0^x h(t) dt$. It is shown that $h(x)$ is a constant function, and its value is determined by the initial condition $h(0) = 1$. The fourth part of the paper is devoted to the study of the properties of the function $k(x)$ defined by the equation $k(x) = \int_0^x k(t) dt$. It is shown that $k(x)$ is a constant function, and its value is determined by the initial condition $k(0) = 1$. The fifth part of the paper is devoted to the study of the properties of the function $l(x)$ defined by the equation $l(x) = \int_0^x l(t) dt$. It is shown that $l(x)$ is a constant function, and its value is determined by the initial condition $l(0) = 1$. The sixth part of the paper is devoted to the study of the properties of the function $m(x)$ defined by the equation $m(x) = \int_0^x m(t) dt$. It is shown that $m(x)$ is a constant function, and its value is determined by the initial condition $m(0) = 1$. The seventh part of the paper is devoted to the study of the properties of the function $n(x)$ defined by the equation $n(x) = \int_0^x n(t) dt$. It is shown that $n(x)$ is a constant function, and its value is determined by the initial condition $n(0) = 1$. The eighth part of the paper is devoted to the study of the properties of the function $o(x)$ defined by the equation $o(x) = \int_0^x o(t) dt$. It is shown that $o(x)$ is a constant function, and its value is determined by the initial condition $o(0) = 1$. The ninth part of the paper is devoted to the study of the properties of the function $p(x)$ defined by the equation $p(x) = \int_0^x p(t) dt$. It is shown that $p(x)$ is a constant function, and its value is determined by the initial condition $p(0) = 1$. The tenth part of the paper is devoted to the study of the properties of the function $q(x)$ defined by the equation $q(x) = \int_0^x q(t) dt$. It is shown that $q(x)$ is a constant function, and its value is determined by the initial condition $q(0) = 1$.



الفصل الرابع

عناصر (اركان وشروط) الزواج

عنصر الشيء هو ما يتوقف عليه فإذا كان جزء منه يسمى ركناً والّا فيسمى شرطاً.

وللزواج ركان فقط وهما الايجاب والقبول.

واما شروطه فهي من حيث الأهمية والاثار اربعة انواع: شروط الانعقاد، وشروط الصحة، وشروط النفاذ، وشروط اللزوم.

فهذه الانواع كلها شرعية وقانونية وتضاف اليها الشروط الجعلية وهي التي تقتن بالزواج وتحدد اثاره وسميت جعلية لأنها من جعل ارادة احد الزوجين، لكن الشارع يعترف بها ويرتب عليها الاثار اذا كانت مشروعة.

وبناء على هذه المقدمة توزع دراسة اركان وشروط الزواج على ثلاثة مباحث: يخصص الاول للاركان وشروط الانعقاد، والثاني لشروط الصحة والنفاذ والثالث لشروط اللزوم والشروط الجعلية.



المبحث الاول

الاركان وشروط الانعقاد

والمراد بالركن هنا هو معناه الخاص وهو ما يتوقف عليه الشيء، ويكون جزءاً منه. اما الركن بمعناه العام فهو ما يتوقف عليه الشيء، مطلقاً، سواء كان جزءاً منه او لا، فهو بهذا المعنى يشمل الشروط ايضا والذي يهمننا هو معناه الخاص.

اولاً: اركان الزواج؛

فالزواج تصرف شرعي وقانوني قلبي يتكون من جزئين، احدهما يسمى ايجاباً وهو اول كلام يصدر من طرفي انشاء الزواج، سواءً أكان زوجاً أم زوجة أم من ينوب عنهما.^(١) والثاني يُسمى قبولاً وهو ما يصدر عن الطرف الثاني بعد الايجاب. فصيغة الزواج مركبة مكونة من هذين الجزئين، وقلنا بان اركان الزواج تنحصر في الايجاب والقبول هو رأي فقهاء الحنفية^(٢) الذي هو اصوب الاراء لسائر الفقهاء. وما ذهب اليه الشافعية^(٣) من ان اركان الزواج خمسة: الاول الصيغة (الايجاب والقبول) والثاني الولي والثالث الزوج والرابع الزوجة والخامس الشهود، وما قال به المالكية^(٤) من ان اركان الزواج ثلاثة: ولي، وعمل (زوج وزوجة)، وصيغة (ايجاب وقبول) الذي يتفق في المعنى مع كلام الشافعية، اجتهد غير صائب لانه يصطدم مع المنطق السليم الذي يرجع اليه موضوع الكلية والجزئية او الكل والجزء، فالزواج سواء اعتبر عقداً كما يقول الفقهاء او ميثاقاً كما يقول القرآن، عبارة عن صيغة مكونة من الايجاب والقبول، لانه تصرف شرعي مركب من جزئين يدل على مجموعهما دلالة مطابقة وعلى احدهما ضمن المجموع دلالة تضمنية وعلى الحقوق والالتزامات الزوجية دلالة التزامية، اذن كيف تكون الصيغة ركناً لنفسها وكيف يُعتبر الولي ركناً مع

(١) قد يكون الموجب والقابل هما الزوجين مباشرة وقد ينوب عنهما او عن احدهما نائب نيابة اتفاقية كالوكيل، او نيابة شرعية وقانونية كالولي، او نيابة قضائية كالقاضي في زواج المجنون والمجنونة.

(٢) في بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للعلامة الفقيه الحنفي علاء الدين ابي بكر بن مسعود المعروف بالكاساني ١٣٢٧/٣ (واما ركن النكاح فهو الايجاب والقبول)

(٣) الانوار لاعمال الاجرار للفقيه الشافعي العلامة يوسف الاردبيلي ٦٢/٢-٧٧

(٤) الشرح الصغير للفقيه المالكي الدردير مع حاشية الصاوي ١/٣٤٨

قول أكثر الفقهاء يجوز تزويج البالغة العاقلة الرشيدة نفسها من تختاره شريكاً لحياتها وهو كفؤ لها ومهر المثل، وبوجه خاص إذا كانت ثيباً أو كان الولي عاضلاً وكان الزواج قد تم أمام القضاء. ولم يحدّد الشرع الإسلامي كلمة معينة أو عبارة خاصة لاستعمالها في الإيجاب والقبول وبوجه خاص بالنسبة لمن لا يحسن اللغة العربية. وكل تحديد للتعبير عن الإيجاب والقبول بالفاظ مخصوصة يصطدم مع قوله تعالى ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(١) وقوله تعالى ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾^(٢) وقوله تعالى ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(٣) ونحو ذلك من الآيات الدالة صراحة على ترك الحرية للتعبير عن إرادته الباطنة في ضوء ميكنته ومقدرته على أن يدل هذا التعبير على التراضي لإنشاء الزواج وإن يفهم كل من الموجب والقابل ما يصدر عن الآخر وما يقصد به، استناداً إلى عموم قول الرسول ﷺ (إنما الأعمال بالنيات)^(٤) وقد ذهب بعض الفقهاء^(٥) إلى تحديد الفاظ مستعملة عند العرب دون ملاحظة أن الشريعة الإسلامية ليست خاصة بقوم دون قوم، ومن الواضح أن الشريعة الإسلامية لم تأمر بالتقيّد بالتعابير العربية إلا في الصلاة وبناء على ذلك كل صيغة يُقصد بها إنشاء الزواج يعتد بها الشرع الإسلامي، بأي لغة كانت وبأي تعبیر كان، فالمعيار هو العرف السائد في كل بلد بصدد تحديد الفاظ وتعابير الإيجاب والقبول في الزواج.

وجدير بالذكر أن شروط الإيجاب والقبول تندرج تحت شروط الانعقاد وهي المطابقة واتحاد المجلس وسماع وفهم كل من الطرفين بما يقوله الآخر.

ثانياً: شروط الانعقاد:

شروط الانعقاد تأتي في الأهمية بعد الأركان، بحيث إذا تخلف واحد منها يكون الزواج باطلاً، ومن أهم شروط الانعقاد التي يعتبرها الشرع الإسلامي في الزواج ما يأتي:

(١) سورة: الحجر ٧٨.

(٢) سورة: البقرة ١٨٥.

(٣) سورة: البقرة ٢٨٦.

(٤) رواه البخاري: ١.

(٥) في البدائع المرجع السابق ١٣٢٧/٣ (وقال الشافعي لا ينعقد الزواج إلا بلفظ الانكاح والتزويج) وقول الشافعي هو نفس ما ذهب إليه الشيعة الإمامية (الروضة البهية واللمعة الدمشقية ٦٩/٢ - وما يليها)

١- اهلية الاداء^(١): فإذا كان الموجب أو القابل في الزواج عديم الاهلية، بأن كان صبياً غير مميز أو مجنوناً أو من في حكمهما، يكون الزواج باطلاً والعبرة في هذا الشرط بمن يصدر عنه الايجاب والقبول، سواء كان الموجب والقابل هما الزوجين أو من ينوب عنهما، فالاهلية المذكورة المطلوبة إنما هي بالنسبة لمن يتولى انشاء الزواج، والأب فيجوز زواج الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة من الولي أو القاضي. وإذا كان أحد الطرفين (الموجب أو القابل) ناقص الاهلية يكون الزواج موقوفاً على اجازة الولي كما يأتي في محله.

٢- ان يكون الايجاب والقبول في مجلس واحد حقيقة أو حكماً، والمجلس الواحد حقيقة هو ان يجتمع الموجب والقابل في مكان واحد يصدر عنهما الايجاب والقبول مباشرة بدون الوسائل. والمجلس الواحد حكماً هو ان يكون الموجب في مكان والقابل في مكان آخر، ويكون اتصال الايجاب الى القابل وعلم الموجب بالقبول عن طريق الوسائل كالرسالة أو الهاتف أو النقال أو إيميل أو نحو ذلك.

ويعتبر المجلس واحداً في الحالتين، إذا لم يصدر بعد الايجاب وقبل القبول من أحد الطرفين ما يدل على ابطال الايجاب أو الاعراض عن انشاء الزواج بأن لا يتغير المكان قبل القبول وان لا يحدث كلام يكون اجنبياً عن الموضوع يفهم منه عدم الرغبة في انشاء الزواج.

والفرق الجوهرى بين المجلسين هو انه يكفي في المجلس الواحد الحقيقي حضور شاهدين فقط يسمعان ويفهمان الايجاب والقبول والفرض منهما، بخلاف المجلس الواحد الحكمي فإنه يشترط فيه حضور شاهدين عند الموجب حين اصدار الايجاب عنه، ووجود شاهدين عند القابل يسمعان الايجاب بالكيفية التي يصل الى القابل حين

(١) تنقسم أهلية الإنسان من حيث الأنوار التي يمر بها في حياته الى أربعة أقسام وهي:

١- اهلية الوجوب الناقصة: وهي الصلاحية لكسب بعض الحقوق كأهلية الجنين قبل الولادة له حق الميراث والوصية والهبه ويتمتع بهذه الحقوق إذا ولد حياً.

٢- اهلية الوجوب الكاملة: وهي الصلاحية لبعض الحقوق وبعض الالتزامات كأهلية الإنسان بعد الولادة.

٣- اهلية الاداء الناقصة: وهي الصلاحية لممارسة بعض الحقوق وتثبت للإنسان بعد التمييز وقبل البلوغ.

٤- اهلية الاداء الكاملة: وهي تثبت للإنسان بعد البلوغ عند جمهور الفقهاء ويعد اكمال الثامنة عشر من العمر عند بعض الفقهاء وبه أخذ المشرع العراقي كما في القانون المدني القائم المادة (١٠٦)

وصوله أو قراءته، وكذلك يسمعان ويفهمان قبول القابل دون حصول فاصل بين وصول الايجاب وصدور القبول، بحيث يدل على الاعراض عن انشاء الزواج.

٣- مطابقة الايجاب والقبول: بأن يتفقا في الامور الجوهرية ولا يؤثر الاختلاف اذا كان لفظياً أو من مصلحة الزوجة، وعلى سبيل المثل اذا قال زوجتك على ثلاثة ملايين دينار عراقي، فقالت قبلت على ثلاثة آلاف دولار امريكي وكان المبلغ العراقي يُساوي في قوته الشرائية نفس المبلغ الامريكي حين الايجاب والقبول كما في الوقت الحاضر^(١) يكون الزواج صحيحاً. لأن الاختلاف لفظي وصوري، شريطة ان تستلم المبلغ مقدماً حتى لا تترتب عليه مشاكل تغير القوة الشرائية.

وكذلك لا تأثير للاختلاف اذا كان من مصلحة الزوجة، كأن قالت زوجتك نفسي على عشرين مثقالاً من الذهب، فقال قبلت زواجك على خمسة وعشرين مثقالاً من الذهب.

اما الاختلاف الجوهرى بين الايجاب والقبول فهو مبطل للزواج، كأن يقول الولي زوجتك بنتي الكبرى (خالدة)، ويقول الخطيب قبلت زواج بنتك الصغرى (ناهدة) يكون الزواج باطلاً، او قال زوجتك على مهر قدره ثلاثون مثقالاً من الذهب، فقالت قبلت على اربعين مثقالاً فالزواج باطل، رغم ان المهر ليس بركن ولا شرط في الزواج، كما يأتي في محله بأذن الله. لكنه من اثار الزواج، فالاختلاف فيه مؤثر.

٤- سماع وفهم كل من الموجب والقابل لما يصدر عن الآخر ولا يؤثر اختلاف اللغة اذا علم كل منهما أن ما يصدر عن الآخر يُقصد به انشاء الزواج.

وفي حالة فقدان القوة السامعة لأحدهما أو كليهما يُكتفى بالإشارة المُفهِمة.

٥- عدم ثبوت مانع من موانع الزواج ثبوتاً قطعياً كالقربة، والمصاهرة، والرضاعة حسب التفاصيل التي سبق بيانها في الفصل الثالث، فإذا وجد مانع من تلك الموانع قبل الزواج يكون انشاؤه باطلاً، اما اذا ظهر وثبت هذا المانع بعد انشاء الزواج ومرور مدة زمنية على الحياة الزوجية، يُعد الزواج باطلاً اعتباراً من تأريخ العلم بسبب البطلان دون ما قبله، وعلى سبيل المثل اذا ثبتت الاخوة في الرضاعة بين الزوجين بعد مُضي مدة من الزمن وبعد انجاب الاولاد، يُحكم ببطلان الزواج من تأريخ ثبوت هذه الاخوة لا من تاريخ الزواج، وبناء على ذلك تكون المعاشرة الزوجية

(١) أي في النصف الثاني من عام ٢٠٠٦

السابقة مشروعة ويكون نسب اولادهما شرعياً. وأثار البطلان تكون بالنسبة للمستقبل فقط دون الماضي.

ويؤخذ مما ذكرنا ان شروط الانعقاد منها ما يرجع الى الزوجة فيشترط فيها ان لا تكون مُحَرَمَةً قهرماً مؤيداً على من يريد الزواج منها. ومنها ما يرجع الى الموجب والقابل ويشترط ان تتوفر فيهما اهلية الاداء ولو كانت ناقصة.

ومنها ما يرجع الى الصيغة المكونة من الايجاب والقبول فيشترط فيهما المطابقة واتحاد المجلس وفهم كل من الموجب والقابل لما يصدر عن الاخر ومعرفة الغرض منهما وهو انشاء ميثاق الزواج على وجه التأبيد.

المبحث الثاني

شروط الصحة والنفاذ

شرط صحة كل تصرف شرعي زواجاً كان أو غيره - كالبيع - هو ان يتوقف عليه هذه الصحة، بحيث اذا تخلف يكون التصرف فاسداً.

وشرط نفاذ كل تصرف شرعي، زواجاً كان أو غيره، هو ان يتوقف على وجوده النفاذ، ومعنى النفاذ هو ان تترتب على انشاء التصرف فور انعقاده اثاره الشرعية والقانونية من الحقوق والالتزامات، واذا تخلف شرط من شروط النفاذ ينمقد التصرف صحيحاً ولكنه لا تترتب عليه اثاره (الحقوق والالتزامات) وانما يكون موقوفاً في ترتب تلك الاثار على اجازة من له حق الاجازة.

اولاً: اهم شروط صحة الزواج:

يُشترط في الراجح في الفقه الإسلامي وعند اكثر فقهاء الشريعة (رحمهم الله) لصحة الزواج توفر شروط اهمها ما يأتي:

١- حضور شاهدين بالغين عاقلين مسلمين في زواج مسلم ومسلمة عادلين ان وجدا، فان عمّ الفسق يجوز ان يكونا فاسقين للضرورة. والضرورات تجيز المحظورات. ويجوز الزواج بحضور رجل وامرأتين عند عدم وجود رجل اخر^(١) بمقتضى قوله تعالى ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾^(٢).

اضافة الى ذلك يجب ان يسمعا ويفهما صيغة الايجاب والقبول وان يعلما المقصود منهما وهو انشاء ميثاق الزواج بين ذكر وانثى معينين معروفين لبيهما. فكل زواج بدون حضور شاهدين تتوفر فيهما الشروط المذكورة يكون فاسداً لا تترتب عليه اثاره

(١) في كتاب النيل وشفاء العليل للشيخ ضياء الدين عبد العزيز وشرحه للعلامة محمد بن يوسف اطفيش ٨٧/٦. (وجاز امينان او امين وامينتان).

(٢) سورة البقرة / ٢٨٢

الشرعية من الحقوق والالتزامات الزوجية ولا تحمل المعاشرة الزوجية بينهما لثبوت قول الرسول ﷺ (لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل).^(١)

وذهب بعض المذاهب^(٢) الى عدم اشتراط هذا الشرط لغرض صحة الزواج ولكن في الواقع ان حماية سمعة الزوجة واسرتها تتطلب ان يتم الزواج بحضور شاهدين، اضافة الى ذلك فان هذا الشرط الشكلي في الإسلام يُعَافِظُ على الحقوق الزوجية. وجدير بالذكر ان الزواج الفاسد قبل الدخول كالباطل في عدم ترتب الاثار، اما بعد الدخول فتترتب عليه الاثار الشرعية التي سبق ذكرها في الفصل الثالث.

٢- عدم وجود مانع ثابت بدليل ظني كزواج الاخت الثانية بعد وفاة الاولى او بعد تطليقها طلاقاً باتناً أو رجعيّاً قبل انتهاء عدتها.

وفي بعض المذاهب^(٣) من تزوج مُعْتَدَةً الغير عالماً بالعدة والتحريم تَحْرُمُ عليه تحرماً مؤبداً عقاباً على صنيعه.

٣- عدم التوقيت: فكل زواج يكون مؤقتاً كزواج المتعة وزواج التحليل، يكون فاسداً عند جمهور فقهاء الشريعة، فالرسول ﷺ أباح المتعة للمجاهدين البعيدين عن زوجاتهم للضرورة، ثم لما وجد فيها مفساد اجتماعية منعها وحرمها. في صحيح مسلم^(٤) عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه ان رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر، وفي صحيح مسلم روايات أخر مطابقة لهذه الرواية.

ولا يجوز الاستدلال على جواز المتعة بقوله تعالى ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾^(٥) لأن هذه الآية وردت بصدد الزواج، والتمتع يكون بعد صحة الزواج والاجر هنا هو المهر، اضافة الى هذه الادلة العقلية الثابتة الصريحة على عدم مشروعية للمتعة، هناك ادلة عقلية تأبى قبول هذا العمل لما تترتب عليه من مساوي

(١) الإمام بأحاديث الأحكام ٦٢٨/٢ ، البدر المنير ٤٧٥/٧ ، تحفة المحتاج ٣٦٤/٢ ، السنن الكبرى للبيهقي ١٢٥/٧ ، نيل الأوطار ٢٥٨/٦

(٢) كما في فقه الامامية في الروضة البهية واللمعة الدمشقية ٧٠/٢: (ولا يشترط الشاهدان في النكاح الدائم ولا الولي في نكاح الرشيدة وان كان افضل على الاشهر)

(٣) كالشيعة الامامية. ورد في الروضة واللمعة المرجع السابق ٩٠/٢ (من تزوج امرأة في عدتها بائنة كانت او رجعية او عدة وفاة او عدة شبهة عالماً بالعدة والتحريم بطل العقد وحرمت عليه ابداً)

(٤) ١٠٢٧/٢

(٥) سورة النساء: ٢٤.

ومفاسد اجتماعية، سواء كانت بالنسبة للزوجة أو الزوج أو المجتمع. أما زواج التحليل فهو أيضا فاسد عند جمهور الفقهاء، كما يأتي بحشه في قسم الطلاق وهو زواج المطلقة طلقه ثالثة بعد عدتها من رجل مجهول على أن يطلقها بعد الدخول بها، ثم بعد هذا الطلاق إذا انتهت عدتها ترجع الى الزوج الاول بزواج جديد، وهذا الزواج فاسد لانه زواج مؤقت ولانه زواج بشرط فاسد مفسد وهو أن يطلقها بعد الدخول بها، اضافة الى قتل عنصر التراضي، لأن هذه الزوجة المسكينة تقبل الزواج من هذا المجهول تحت ضغط الحاجة والضرورة، وتفسير قوله تعالى (فَإِنْ طَلَّقَهَا - أي للمرة الثالثة - فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ) في هذا النوع من الزواج تفسير خاطئ، كما يأتي تفسير ذلك في محله باذن الله.

٤- عدم وجود شرط فاسد ومفسد، فإذا وجد مثل هذا الشرط يكون الزواج فاسداً كما في زواج الشغار. جاء في صحيح مسلم^(١) (باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه)^(٢). عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار^(٣) والشغار أن يزوج الرجل ابنته لآخر على أن يزوجه ابنته وليس بينهما صداق وفيه أيضا (زاد ابن عمير: والشغار أن يقول الرجل للرجل زوجني ابنتك وأزوجك ابنتي، أو زوجني أختك وأزوجك أختي) والشرط الفاسد في هذا الحديث ضمنى.

٥- عدم كون الزوجة أو الزوج أو الولي في الاحرام، لقول الرسول ﷺ ﴿لَا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ وَلَا يَنْكِحُ وَلَا يَخْطُبُ﴾^(٤).

وجدير بالذكر أن هذا الشرط اختلف فيه بين الفقهاء لتضارب الاحاديث فيه.

٦- كون الصيغة منجزة: أي يشترط لصحة الزواج أن لا تكون صيغة الأيجاب والقبول معلقة على شرط، كأن تقول الزوجة قبلت الزواج على أن لا تتزوج أخرى، أو يقول الزوج زوجتك إذا وافقت زوجتي السابقة.

وان لا تكون الصيغة مضافة للمستقبل كأن تقول الزوجة قبلت الزواج في نهاية الشهر مثلاً. وقد سبق بيان أهمية التفرقة بين الزواج الفاسد والزواج الباطل بعد الدخول، فالدخول في الزواج الباطل يعتبر جريمة الزنا اذا علم السداخل والمدخول بها

(١) ١٠٣٤/٢

(٢) البطلان هنا يرااد الفساد عند من لا يفرق بينهما

(٣) أي عن نكاح الشغار

(٤) صحيح مسلم: ٢٥٢٤

البطلان، بخلاف الدخول في الزواج الفاسد فهو مقترن بالشبهة ويترتب على هذا الدخول ما ذكرنا سابقاً من الآثار الشرعية الخمسة الآتية:

- ١- ثبوت النسب الشرعي للطفل الذي يأتي من هذا الدخول.
- ٢- سقوط عقوبة جريمة الزنا لوجود الشبهة.
- ٣- ثبوت مهر المثل للمدخل بها تعريضاً عن ضررها الادبي (المعنوي).
- ٤- وجوب العدة على المدخول بها من تاريخ التفريق بينهما.
- ٥- ثبوت المصاهرة.

لكن لا فرق بين الزواج الباطل والفاسد في وجوب التفريق بين الزوجين وحرمة المعاشرة الزوجية.

ثانياً - أهم شروط النفاذ:

شروط النفاذ هي الشروط التي إذا تخلف واحد منها لا تترتب على الزواج آثاره الشرعية (الحقوق والالتزامات الزوجية) رغم صحة العقد، إلا بعد اجازة من له حق الاجازة. فإذا أُجيز ينتج الزواج آثاره من تاريخ انشائه (أي بالاثـر الرجعي)، وإن رفض الاجازة من له حق الاجازة يُعتبر الزواج كأن لم يحدث أصلاً، لانه والباطل سيان حينئذ.

ومن أهم شروط نفاذ الزواج ما يأتي:

- ١- أهلية الاداء الكاملة لكل من الزوجين اذا باشر الزواج بنفسه وهذه الاهلية هي مرحلة البلوغ. ومرحلة البلوغ اكمال الثامنة عشر من العمر عند بعض الفقهاء، وبه أخذ المشرع العراقي في المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي القائم.
- واذا كان الموجب او القابل في الزواج عديم الاهلية، بأن يكون مجنوناً او صبيّاً غير مميز او من في حكمهما، يكون الزواج باطلاً، واذا كان ناقص الاهلية بأن أكمل السابعة من عمره ولكن لم يدخل سن اهلية الاداء الكاملة وباشر الزواج بنفسه سواء كان قابلاً او موجباً وسواء كان ذكراً او انثى، يكون الزواج موقوفاً على اجازة وليه، فإن اجازته ينتج اثاره بأثر رجعي أي من تاريخ انشائه وان لم يجزه يُعتبر كأن لم يكن أصلاً.
- وجدير بالذكر ان تصرفات ناقص الاهلية في الشرع والقانون اذا كانت ضارة ضرراً محضاً تكون باطلة اجازها الولي ام لم يجزها كتبرعاته للغير. واذا كانت نافعة نفعاً

محضاً تكون صحيحة نافذة اجازها الولي او لم يجزها، كقبول الهدية والوصية ونحوهما، وإذا كانت دائرة بين النفع والضرر تكون صحيحة موقوفة على اجازة وليه.

ومن الواضح ان الزواج تصرف دائر بين النفع والضرر فيحتمل النفع والضرر.

٢- اهلية مباشرة لتصرف بدون اذن خارجي: فاذا زوّج الولي ولو كان اباً او جداً، البالغة العاقلة الرشيدة بدون علمها واذنها، يكون الزواج موقوفاً على اذنها واجازتها، ولو كان الزوج كفواً والزواج بمهر المثل، لان الرسول ﷺ نهى عن تزويجها بدون اذنها صراحة، اذا كانت ثيباً وضمنا اذا كانت بكراً، فقال (لا تُنكح الأيم^(١) حتى تُستأمر^(٢) والبكر حتى تُستأذن. قالوا يا رسول الله وكيف اذنها؟ قال ان تسكت^(٣)). وقالت عائشة رضي الله عنها سألت رسول الله ﷺ عن الجارية ينكحها اهلها، أ تُستأمر ام لا؟ فقال لها رسول الله ﷺ: نعم، فقالت عائشة: فقلت له فانها تستحي! فقال رسول الله: فذلك اذنها اذا هي سكت^(٤).

عن ابن عباس ان النبي ﷺ قال: الثيب احق بنفسها من وليها والبكر تُستأمر واذنها سكوتها، وفي رواية سفيان - فان الثيب احق بنفسها من وليها والبكر يستأذنها ابوها في نفسها واذنها صماتها، وربما قال وصماتها اقرارها^(٥). وقد استقر على هذا الرأي الراجح في الفقه الإسلامي^(٦).

٣- التراضي: يشترط توافر عنصر التراضي من الزوجين اذا كانا بالغين عاقلين، فاذا أكره الزوج على زواج من لا يرضى ان تكون زوجة له، كإجبار الوالد ابنه على زواج بنت عمه او عمته، او أكرهت الزوجة من وليها او غيره على زواج هي لا تقبله لو تركت الحرية لأرادتها، كإجبار الاب بنته او إجبار الاخ اخته على ان تتزوج من ابن عمها او ابن عمتها مثلاً، يكون الزواج في الحالتين المذكورتين موقوفاً على اجازة المكره بعد زوال اثر الاكراه استناداً الى الاحاديث الصحيحة التي ذكرناها.

(١) الأيم: الثيب.

(٢) أي يؤخذ اذنها وموافقتها صراحة بارادتها الحرة.

(٣) صحيح مسلم: ١٠٣٦/٢.

(٤) صحيح مسلم: ١٣٧/٢.

(٥) صحيح مسلم المرجع السابق.

(٦) في الشرح الصغير للدريير مع حاشية الصاوي ٢٥٥/١ (فانما تزوج بالغ لا صغيرة باذنها ورضاها سواء أكانت البالغة بكراً ام ثيباً).

المبحث الثالث

شروط اللزوم والجعل

أولاً: شروط اللزوم هي: الشروط التي إذا توفرت لا يحق لأي من الطرفين وغيرها فسخه بإرادته المنفردة أو عن طريق القضاء، لكن يجوز الفسخ باتفاق الطرفين كما في الخلع (الطلاق بعوض).

لكن إذا تخلف شرط من شروطها يكون غير لازم، فيحق للطرف الذي تقرر عدم اللزوم لمصلحته طلب فسخه.

ومن أهم شروط اللزوم ما يأتي:

١- عدم وجود عيب في أحد الزوجين من العيوب التي تُبرر التفريق القضائي. ويأتي مفصلاً أسباب التفريق القضائي في القسم الثاني من هذا الكتاب باذن الله. فإذا وجد عيب في الزوج أو الزوجة يُبرر طلب فسخ الزواج قضاءً، يحق للطرف الآخر السالم من هذا العيب أو نحوه أن يطلب هذا الفسخ بالشروط التي تأتي في محلها في قسم الطلاق.

٢- أن لا يكون أحد الزوجين عديم الأهلية بالصغر أو الجنون حين انشاء الزواج، فإذا تم زواج الصغير أو الصغيرة من الولي أو زواج المجنون أو المجنونة من قبل القاضي، فبلغ الصغير أو الصغيرة سن الرشد أو زال الجنون، يحق لمن زُوج وهو عديم الأهلية وفاقده الإرادة والادراك حين الزواج، أن يفسخ هذا الزواج إذا لم يكن راضياً به، إحتاماً لإرادته واخذاً برضائه، ويبقى الزواج بعد الانشاء وقبل الفسخ صحيحاً نافذاً، ولكنه غير لازم أي قابل للفسخ، ويرى بعض الفقهاء أن حق الفسخ انما يكون إذا لم يكن الولي الذي تولى انشاء الزواج ابا أو جداً، والا فلا يحق له الفسخ، ولكن هذا يُنافي نص القرآن على ضرورة توافر عنصر التراضي وقت انشاء التصرف أو بعده، كما في قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(١) وموضوع الزواج اخطر من المعاملات المالية.

(١) يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا (النساء: ٢٩)

٣- ان لا يكون الزواج من غير كفاء، اذا زوّجت المرأة نفسها من شخص اختارته شريكا لحياتها بدون اذن وليها، يكون الزواج نافذا غير لازم، إذا كان الزوج غير كفاء. وبحق لوليها طلب فسخه.

والكفاءة لغة: المساواة وبهذا المعنى ورد في القرآن الكريم في قوله تعالى ﴿وَلَمْ يَكُنْ لَهُ كُفُوًا أَحَدٌ﴾^(١) وفي الحديث الشريف عن ابن عباس عن النبي ﷺ قَالَ (الْمُسْلِمُونَ تَشْكَافُ دِمَاؤُهُمْ وَهُمْ يَدٌ عَلَى مَنْ سِوَاهُمْ يَسْمَى بِذِمَّتِهِمْ أَذْنَاهُمْ وَيُرَدُّ عَلَى أَقْصَاهُمْ)،^(٢) أي تتساوى دماؤهم في القصاص فمن قتل امرأة يُقتل بها قصاصا، وإذا قُتل ذو مركز اجتماعي أو سياسي أو إداري أو نحو ذلك شخصا ضعيفا لا يتمتع بامثال هذه المراكز يُقتص منه.

والكفاءة في الاصطلاح الشرعي: هي ان يكون الزوج بمركز الزوجة في مركز اجتماعي لا تُعَيَّر الزوجة أو اولياؤها به.

والكفاءة معتبرة في جانب الرجل لا المرأة، فلا يشترط ان تكون المرأة كفوا للرجل. والراجع ان الكفاءة شرط للزوم دون الصحة أو النفاذ والارصاف المعتبرة في الكفاءة بعد الدين يقررها العرف الصحيح السائد في كل زمان ومكان.

ثانيا - الشروط الجعلية^(٣)

وهي الشروط التي تكون من أحد طرفي الزواج، وهي تُحدد اثار الزواج الى حد ما ويجب الوفاء بها اذا كانت مشروعة، وتكون مشروعة في احدى الحالات الثلاث الاتية:

١- اذا كانت مؤكدة لمقتضى الزواج كطلب الزوجة تأمين البيت الشرعي وتوفير متطلباته.

٢- اذا ورد به العرف كأن تشترط ان يكون الاتفاق عليها بالمعروف.

٣- اذا ورد به الشرع كأن تشترط على زوجها ان يُخولها ويُفوضها بتطبيق نفسها اذا تزوج عليها زوجة اخرى، فهذه الشروط وامثالها مشروعة يجب الوفاء بها لقول

(١) سورة الاخلاص / ٤.

(٢) ابن ماجه ٢٦٧٣

(٣) الشروط الجعلية هي التي تكون باختيار الشخص ذاته أي يجعل الشيء شرطاً لشيء آخر بأن لم يقرره الشرع ولا العرف سابقا أو كان مقبولا ولكن ليس ضروريا للتصرف كان تشترط المرأة حين الزواج على زوجها أنه إذا زوج عليها زوجة أخرى يكون لها الحق في أن تطلق نفسها.

الرسول ﷺ: (أَحَقُّ مَا أَوْفَيْتُمْ مِنَ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهِ مَا اسْتَحَلَّتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ) ^(١).
وفي رواية مسلم (ان أحق شرط ان يوفى به ما استحللتم به الفروج) ^(٢).

موقف القانون:

عالج المشرع العراقي شروط الزواج بشكل معيب مبعثر ناقص غير محدد لطبيعة تلك الشروط. ^(٣)

فنصت المادة السادسة على انه:

١- لا ينعقد عقد الزواج إذا فقد شرطاً من شروط الانعقاد أو الصحة المبينة فيما يلي:
أ - اتحاد مجلس الايجاب والقبول.

ب - سماع كل من العاقلين كلام الاخر واستيعابهما بانه المقصود منه عقد الزواج.

ج - موافقة الايجاب والقبول.

د - شهادة شاهدين متمتعين بالاهلية القانونية على عقد الزواج.

هـ - ان يكون العقد غير معلق على شرط أو حادثة غير محققة.

٢- ينعقد الزواج بالكتابة من الغائب لمن يريد ان يتزوجها بشرط ان تقرأ الكتاب أو يقرؤه غيرها على الشاهدين وتُسَمَّعُهما عبارته وتُشَهِدُهما على انها قبلت الزواج منه.

٣- الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الايفاء بها.

٤- للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم قيام الزوج بما يشترط ضمن عقد الزواج.

فالشروط الواردة في الفقرات (أ، ب، ج) هي شروط الانعقاد وفي (د هـ) شروط الصحة وفي الفقرة (٣) شروط جعلية، فكان المفروض ان يُشير المشرع الى طبيعة هذه الشروط صراحة ودورها في الزواج واثار تخلفها، وتضمنت المادة السابعة شرطاً من شروط اللزوم فنصت على انه (يشترط في تمام اهلية الزواج العقل واكمال الثامنة عشرة) فهذه الاهلية ليست شرطاً

^(١) البخاري: ٤٧٥٤.

^(٢) صحيح مسلم: باب الوفاء بالشروط في النكاح ١٠٣٥/٢

^(٣) أي لم يبين انواعها صراحة.

لصحة الزواج، لأن القضاء العراقي لا يزال يُقر بزواج الصغير والصغيرة إذا وقع خارج المحكمة بشروطه.

وبينت المادة التاسعة شروطاً من شروط النفاذ وهو خلو الرضا من الإكراه ووقع في الإخطاء التي سبق ذكرها وتناول في الفصل الرابع المادتين (العاشرة والحادية عشرة) شروطاً تنظيمية متعلقة بكيفية تسجيل الزواج في المحكمة وبطرق اثباته إذا وقع خارج المحكمة وذلك حفاظاً على الحقوق الزوجية.



الفصل الخامس

الحقوق الزوجية

لكل تصرف شرعي (أو قانوني) صحيح آثار، وهذه الآثار هي الحقوق والالتزامات بالنسبة لأطراف التصرف.

فإذا كان تصرفاً انفرادياً أي مكوناً بالارادة المنفردة كالهبة، تترتب عليه حقوق بالنسبة للملتزم له (كالموهب له) والتزامات بالنسبة للملتزم (كالواهب)، ففي هذه الحالة يكون أحدهما مديناً (الواهب) فقط والآخر دائناً (الموهب له).

أما إذا كان التصرف مكوناً من تلاقي إرادتين (كالزواج) فإنه تترتب عليه حقوق والتزامات متقابلة فيكون لكل طرف حق على الآخر وعلى كل التزام تجاه الآخر. وحق كل موضوع لالتزام الآخر.

والحق: مركز شرعي من شأنه أن ينتفع به صاحبه أو غيره إذا كان مالياً وصاحبه وحده إذا كان غير مالي. والالتزام: تحمل أداء واجب طوعاً أو كرهاً يترتب عليه انشغال الذمة بحق للغير حتى ينقضي^(١).

وبناء على ذلك يكون لكل من الزوجين حقوق على الآخر وعلى كل التزامات تجاه الآخر، ونكتفي باستعراض حقوق الزوجية لأن الالتزامات تُعرف ضمن

^(١) ينظر مؤلفنا: الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات



معرفة هذه الحقوق، على أساس أن كل حق موضوع لالتزام الآخر فيبينهما التلازم، فكل حق يستلزم وجود التزام وكل التزام يستلزم قيام حق، وحقوق الزوجية باعتبار طبيعتها منها مادية وهي الحقوق المالية كالمهر والنفقة، ومنها معنوية وهي الحقوق غير المالية كتمتع كل من الزوجين بالآخر، ومن حيث الملتزم والملتزم له أما خاصة بالزوجة كالمهر أو خاصة بالزوج كالمطالبة الشرعية في المعاشرة الزوجية وأما مشتركة بين الطرفين كاحترام المتبادل والمودة.

لذا تُقسم دراسة هذه الأنواع الثلاثة من الحقوق إلى ثلاثة مباحث، الأول لبيان حقوق الزوجة والثاني لحقوق الزوج والثالث للحقوق المشتركة.

المبحث الأول

حقوق الزوجة على الزوج

حقوق الزوجة على زوجها منها مادية ومنها معنوية، واقتصرت على بيان حقوقها المادية لأن حقوقها المعنوية تدخل ضمن الحقوق المشتركة فاكتفيت بهذا الدخول الضمني استبعاداً للتطويل.

وتنحصر الحقوق المادية في أنواع ثلاثة وهي المهر والمتعة والنفقة:

أولاً: - المهر:

هدية مالية رمزية يقدمها الزوج لزوجته ليلة الزفاف، كنقطة بداية التعارف بين شخصين أتى كل واحد منهما من عائلة وهي غريبة غالباً بالنسبة للعائلة الأخرى، لغرض تأسيس عائلة جديدة، كما يُعتبر تقديم المهر من الزوج لزوجته بمثابة وضع الحجر الأساس لبناء كيان جديد مشترك منفصل عن كيان أسرة كل منهما، ويدل على أن المهر يُقدّم للزوجة ليلة الزفاف قبل الدخول بها، منع الرسول ﷺ علي بن أبي طالب من أن يدخل على زوجته فاطمة رضي الله عنها بنت رسول الله، حتى يُعطيها شيئاً من المهر، وبناء على هذه الحقيقة وكيف المهر من حيث مركزه في الزواج بأنه ليس ركناً ولا شرطاً في الزواج، بل ينعقد الزواج صحيحاً في غياب المهر، ولكن يترتب وجوده تلقائياً على انعقاد الزواج، ويتأكد هذا الوجود بالدخول أو الوفاة سواء ذكر اثناء انشاء الزواج أو لم يُذكر، وهذا ما نص عليه القرآن الكريم في قوله تعالى ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ^(١) أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً^(٢) وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمَقْتِرِ قَدَرَهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ^(٣)﴾ وهذه الآية صريحة في جواز الطلاق بعد زواج لم يحصل فيه الدخول ولم يُحدد فيه المهر وتُركت تسميته اثناء انشاء الزواج، ومن الواضح أن الطلاق لا يكون إلا بعد زواج صحيح، فصحة الطلاق تستلزم صحة الزواج، لأن الطلاق إنهاء علاقة الزوجية.

(١) أي من قبل أن تدخلوا بهن وفي قراءة تَمَسُّوهُنَّ أي تجامعوهن.

(٢) الفريضة هي المهر وللمهر أسماء أخرى منها الصداق، والنحلة، والأجر.

(٣) سورة البقرة: ٢٣٦.

وللمطلقة قبل الدخول وقبل تسمية المهر حق المتعة تعويضاً عن ضررها الأدبي (المعنوي) الناشئ عن الطلاق ويأتي بيان المتعة بعد بيان المهر.

هذا بخلاف وفاة الزوج في هذه الحالة، فإذا توفي الزوج قبل الدخول بزوجه وقبل تسمية المهر لها، يكون لها مهر المثل، لأن الوفاة بمثابة الدخول وكل دخول قبل تسمية المهر يترتب عليه وجوب مهر المثل، والدليل على ذلك هو ما روي من أنه سئل عبدالله بن مسعود في رجل تزوج امرأة فمات منها ولم يدخل بها ولم يفرض لها الصداق، فقال بعد مدة: (أرى لها مثل مهر نساها لا وكس ولا شطط) (أي لا نقص ولا زيادة) ولها الميراث وعليها العدة، فشهد معقل بن سنان الاشجعي أن النبي ﷺ قضى في بروع بنت واشق الاشجعية بمثل ما قضى به ابن مسعود وشهد بذلك ناس من اشجع ففرح به ابن مسعود فرحاً لم يفرح مثله في الإسلام.^(١)

مصدر وجوب المهر على الزوج لزوجته:

مصدر هذا الحكم هو القرآن وتؤكد السنة النبوية وإجماع فقهاء الشريعة.

أ - القرآن الكريم:

وردت في القرآن آيات تأمر بوجوب دفع المهر من الزوج أو بمن يتبرع به بدلاً منه للزوجة بعد الزواج الصحيح أو الدخول المقترن في الزواج الفاسد، منها:

قوله تعالى ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾^(٢)

وقوله تعالى ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾^(٣)

وقوله تعالى ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾^(٤).

^(١) هذه المسألة خلافية لمزيد من التفصيل ومعرفة سبب الخلاف ينظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٢٢/٢ والراجح هو أن لها مهر المثل والميراث.

^(٢) (وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طَلِقْنَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُنَّ فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا) (النساء: ٤).

^(٣) (وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كِتَابُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَأَهْلُ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا) (النساء: ٢٤).

^(٤) يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا مِنْ حُلٍّ لَهُمْ وَلَا مِنْ يَمْلُونِ لَهُنَّ وَأَتَوْهُنَّ مَا أَنْفَقُوا وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكُفَّارِ وَاسْأَلُوا مَا أَنْفَقْتُمْ وَلَيْسَ أَلَا مَا أَنْفَقُوا لَكُمْ حُكْمُ اللَّهِ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ) (الممتحنة: ١٠).

ب - السنة النبوية:

هناك احاديث كثيرة فعلية وقولية للرسول ﷺ تدل صراحة على وجوب المهر بعد الزواج الصحيح، منها ما روي عن ابي سلمة بن عبدالرحمن انه قال: سألت عائشة زوج النبي ﷺ كم كان صداق رسول الله؟ قالت: كان صداقه لأزواجه اثنتي عشرة اوقية^(١) ونشأ. قالت اتدري ما النش؟ قال: قلت لا، قالت: نصف اوقية، فتلك خمسمائة درهم، فهذا صداق رسول الله لأزواجه.^(٢)

ج - الإجماع:

اجمع فقهاء الشريعة منذ صدر الإسلام الى يومنا هذا على وجوب المهر او مهر المثل على الزوج لزوجته بعد الزواج الصحيح او الدخول في الزواج الفاسد.

شروط صحة المهر:

يُشترط في المهر ان يكون مالا متقوماً له قيمة شرعية في التعامل وقابلا للتعامل وان يكون مُعيّناً او قابلاً للتعيين، مملوكاً للطرف الذي يلتزم بدفعه للزوجة، سواء كان زوجاً او وليه او اي شخص اخر يتعهد بدفعه.

مقدار المهر:

لم يُحدد الشرع الإسلامي الحد الأدنى او الحد الأقصى لمقدار المهر، كما لم يُبين طبيعته، بل ترك ذلك للعرف السائد في كل زمان ومكان، وإمكانية الزوج المالية وللمركز الاجتماعي للزوجة، ولكن الشرع الإسلامي حثّ على عدم المغالاة في المهر، لأن القيم والاخلاق والمحبة والمودة هي الضمان لبقاء الحياة الزوجية، دون مقدار المهر، قال الرسول ﷺ: (ان اعظم النكاح بركة أيسره مؤنة)^(٣) وفي صحيح مسلم: (باب الصداق وجواز كونه تعليم القرآن وخاتم حديد وغير ذلك من قليل وكثير واستحباب كونه خمسمائة درهم لمن لا يحصى به)، وفي هذا الباب احاديث كثيرة بشأن مقدار المهر وطبيعته ووجوبه، لا مجال لاستعراضها، والحاصل لم يُحدد

(١) الاوقية اربعون درهما من الفضة.

(٢) صحيح مسلم ١٠٤٢/٢ رقم الحديث (١٤٢٦).

(٣) مشكاة المصابيح ٣٠٢٣

(٤) صحيح مسلم / ١٠٤٠/٢

الإسلام الحد الأدنى ولا الحد الأعلى للمهر، كما لم يُحدد طبيعته، فيجوز أن يكون شيئاً مادياً وأن يكون معنوياً كالتعليم^(١).

تأكيد المهر:

يجب المهر كله بانعقاد الزواج الصحيح، ولا خلاف بين فقهاء الشريعة بأنه يتأكد كله بأحد الأمرين:

أحدهما: بالدخول الحقيقي، لكن اختلفوا في الدخول الحكمي، وهو عبارة عن الخلوة الصحيحة، وهي أن يجتمع الزوجان في مكان منفردين آمنين في الاطلاع عليهما إلا باذنهما خاليين من المانع الطبيعي من الدخول، كالصغر أو المانع الشرعي كالحيض وصيام رمضان، والمانع الحسي كوجود شخص ثالث معهما، ولو كان نائماً أو أعمى أو صعباً بجزء، فإذا وجد مانع من هذه الموانع تكون الخلوة فاسدة لا يتأكد بها المهر بالاجماع، ولكن إذا انتفت جميعها تكون الخلوة صحيحة، فاختلف الفقهاء في أنها هل تُعتبر دخلاً حكماً فيتأكد بها المهر كله كالدخول الحقيقي^(٢)، واستند من قال بأنها تُعد دخلاً من حيث تأكد كل المهر إلى بعض الأدلة الشرعية، منها قول الرسول ﷺ (من كشف خمار امرأته ونظر إليها وجب الصداق، دخل بها أم لم يدخل)^(٣)، وإلى الأدلة العقلية منها أن الزوجة بالخلوة الصحيحة قد مكنت زوجها من نفسها في حالة عدم وجود مانع من أن يستوفي حقه المشروع (الدخول).

والثاني: بالوفاة: من تزوج امرأة ومات أحدهما بعد انعقاد الزواج صحيحاً ولو بمدة قليلة، يجب المهر كله للزوجة إذا كان المتوفى هو الزوج، ولورثة الزوجة إذا كانت هي المتوفية.

(١) أراد عمر بن الخطاب (رض) أن يمنع الناس من المغالاة في المهور وأمر ألا يزيد في المهر على أربعمائة درهم وقال حينما خطب في الناس: ألا لا تغالوا في صدقات النساء فإنها لو كانت مكومة في الدنيا أو تقوى عند الله لكان أولاكم بها رسول الله ﷺ ما اصدق قط امرأة من نسائه ولا بناته فوق اثنتي عشرة أوقية فمن زاد على أربعمائة شيئاً جعلت الزيادة في بيت المال ثم قالت امرأة من قريش ليس هذا اليك يا عمر فقال عمر ولم؟ قالت لأن الله تعالى يقول: وَإِنْ أَرَبْتُمْ اسْتَبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَاناً وَإِذَا مَبِينَا (النساء: ٢٠) فقال عمر اللهم عفوا كل الناس افقه منك يا عمر وفي رواية أصابت امرأة وأخطأ عمر.

(٢) وقال البعض كالشافعية والظاهرية والامام مالك لا يجب ولا يتأكد كل المهر بالخلوة الصحيحة.

(٣) بدائع الصنائع ٢/٢٩٢

وجدير بالذكر ان المهر بعد وجوبه وتأكيده دين يتعلق بذمة الزوج، فإذا مات قبل دفعه لها يجب دفعه من التركة قبل توزيعها وقبل تنفيذ الوصية.
والمهر المسمى او مهر المثل إذا كان مؤجلاً كله او بعضه، يتحول الى المعجل بأحد الامرين، بالطلاق البائن او الوفاة^(١).

زيادة المهر والخط منه :

يجوز للزوج البالغ العاقل الرشيد المختار ان يزيد - بعد انعقاد الزواج - على المهر المتفق عليه ما شاء. وتلزمه هذه الزيادة، كما يجوز للزوجة البالغة العاقلة الرشيدة المختارة ان تحط عن زوجها برضاها وان تبرأ الزوج من جزء من مهرها او من كلها او من المؤجل وذلك بالإبراء، إذا كان المهر ديناً متعلقاً بذمته، بأن يكون مثلياً كالنقود، اما إذا كان المهر من الاعيان كالعقار والسيارة، يكون الخطأ بالهبة لأن الإبراء لا ينصب على الاعيان. ومصدر جواز زيادة المهر وحطه القرآن الكريم، كما في قوله تعالى: (وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيشَةِ)^(٢).

فكل تصرف شرعي او قانوني جائز بشرط اهليه المتنازل عن حقه برضاء التام الحالي عن عيب من عيوب الارادة كالاكراه، والتفجير، والخطأ، والاستغلال.

تشطر المهر:

متى تزوج رجل امرأة زوجاً صحيحاً ثم طلقها قبل الدخول، فإن مهرها المسمى يتشطر الى نصفين، يرجع نصفه للزوج لأنه لم يتمتع بالزوجة ولم يتأكد بالدخول. والنصف الثاني يبقى ملكاً للزوجة سواء كان المهر مؤجلاً او معجلاً، تعريضاً عن الضرر المعنوي الذي اصابها بالطلاق، لأن الطلاق يقلل من شأن المرأة إذا طُلقَت ولو كان الطلاق بتقصير من الزوج.

(١) وأخذ بهذا الحكم المشرع العراقي حيث تنص المادة العشرون من قانون الاحوال الشخصية القائم على انه (يجوز تعجيل المهر او تأجيله كلاً او بعضاً. وعند عدم النص على ذلك يتبع العرف. يسقط الأجل المعين في العقد لاستحقاق المهر بالوفاة او الطلاق).

(٢) (وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَأَحَلُّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيشَةِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا) (النساء: ٢٤).

وبذلك سبق الإسلام القوانين الوضعية في إقرار الضرر المعنوي وإيجاب التعويض عنه، ومصدر هذا الحكم القرآن الكريم، كما في قوله تعالى ﴿وَأِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَصْهَوْهُنَّ^(١) وَلَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنَصَفْ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ^(٢)﴾.

وبناء على ذلك يكون للزوجة نصف المهر بالشروط الآتية:

١- ان يكون الزواج صحيحا، فاذا كان فاسدا وحصلت الفرقة بينهما قبل الدخول لا تستحق الزوجة شيئا من المهر، لان مهر المثل او الاقل من المسمى ومهر المثل في الزواج الفاسد انما هو من اثر الدخول ولان الزواج الفاسد كالباطل يجب التفريق بين الزوجين.

٢- ان يُسمى المهر تسمية صحيحة.

٣- ان تقع الفرقة قبل الدخول والحلوة الصحيحة^٣.

٤- ان لا تكون الفرقة بطلب من الزوجة أو بسبب منها والا فلا تستحق شيئا من المهر.

متى يجب مهر المثل؟

مهر المثل: هو مهر امرأة من قوم ابيها كاختها وعمتها، بشرط ان تماثلها فيما يُعتد به من صفات النساء من سن وجمال، ومال، ودين، وادب، وعقل، وعلم، وبكارة، وثيوبة، وولادة، وعقم، ونحو ذلك من الصفات المعتبرة المرغوبة في النساء.

واذا لم توجد من قوم ابيها يُعتد بمهر امرأة تماثلها من اسرة كاسرة ابيها.

اهم الحالات التي يجب فيها مهر المثل بدلا من المهر المسمى:

١- إذا لم يُسم المهر في الزواج اصلا، او تم اتفاق الطرفين على نفيه وهذا الاتفاق باطل

إن حصل، لانه يخالف للنظام العام.

٢- إذا كان المسمى غير متقوم لا توجد له قيمة شرعية كالمسكرات والمخدرات.

(١) اي قبل ان تدخلوا بهن.

(٢) البقرة: ٢٣٧.

(٣) وهي كالدخول بالنسبة للمهر على الرأي الراجح.

٣- إذا كان المال غير قابل للتعامل شرعا وقانونا كاموال الوقف في الشرع والاموال الاثرية في القانون.

٤- إذا كان المسمى مجهولا جهالة فاحشة كان يُزوجها على بعض من اغنامه او ابقاره او ابله او نحو ذلك.

٥- إذا كانت ملكية المهر المسمى عائدة لغير الملتزم بدفعه للزوجة، كأن يكون مسروقا او مفصويا.

٦- إذا كان منشؤه الدخول في الزواج الفاسد، فالزواج الفاسد لا تترتب عليه الحقوق والالتزامات لانه مع الباطل سيات، لكن إذا حصل الدخول بعده تترتب على هذا الدخول بعض الآثار الشرعية كما ذكرنا سابقا، ومنها وجوب مهر المثل للمدخل بها تمويضا عن الضرر الادبي (المعنوي) الذي لحق بها نتيجة لهذا الدخول.

مُسْقَطَات المهر:

يسقط المهر كله في حالات الفرقة بغير طلاق قبل الدخول الحقيقي او الخلوة الصحيحة كما في الصور الآتية:

أ- اختيار القاصر او القاصرة فسخ الزواج بعد البلوغ إذا تم الزواج قبل البلوغ.

ب - اختيار المجنون او المجنونة فسخ الزواج بعد الافاقة إذا تم الزواج في حالة الجنون.

ج - الفسخ لاي سبب آخر.

د - ارتداد الزوجة قبل الدخول والخلوة.

هـ - دخول الزوج الإسلام واباء الزوجة عن اعتناق الإسلام وهي غير كتابية.

و- ابراء الزوج من المهر إذا كان دينا بدمته وهي بالغة عاقلة رشيدة مختارة سواء كيف الابراء بالتطليك او الاسقاط.

ز- هبة الزوجة مهرها كله للزوج قبل القبض دينا كان او عينا او بعده إذا كان عينا بشرط ان تكون الزوجة اهلا للمتبرع.

أما إذا أبرأت الزوجة زوجها من مهرها أو وهبته إياه لفرض تقوية علاقة الزوجية واستمراريتها ثم طلقها فلا يسقط المهر سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده لعدم تحقق الفرض الذي هو الباعث الدافع إلى الأبراء أو الهبة.^(١)

موقف القانون من المهر:

لم يتناول قانون الأحوال الشخصية العراقي القائم شقوقات المهر وأحكامه إلا بصورة موجزة كالآتي:

نصت (م ١٩) على أنه:

- ١- تستحق الزوجة المهر المسمى بالعقد فإن لم يُسم أو نفي أصلاً فلها مهر المثل.
- ٢- إذا سلم الخاطب لمخطوبته قبل العقد مالا محسوباً على المهر ثم عدّل أحد الطرفين عن إجراء العقد أو مات أحدهما، فيمكن استرداد ما سُلم عينا وإن استهلك فبدلاً.

٣- تسري على الهدايا أحكام الهبة.

ونصت (م ٢٠) على أنه:

- ١- يجوز تعجيل المهر أو تأجيله كلا أو بعضاً وعند عدم النص على ذلك يُتبع العرف.
 - ٢- يسقط الاجل المُعين في العقد لاستحقاق المهر بالوفاة أو الطلاق.
- ونصت (م ٢١) على أنه (تستحق الزوجة كل المهر المسمى بالدخول أو بموت أحد الزوجين وتستحق نصف المهر المسمى بالطلاق قبل الدخول).

ونصت (م ٢٢) على أنه:

- (إذا وقعت الفرقة بعد الدخول في عقد غير صحيح (الفاسد) فإن كان المهر مسمى فيلزم أقل المهرين من المسمى والمثل وإن لم يُسم فيلزم مهر المثل).

^(١) في موضوع المهر يراجع المراجع الآتية:

البداية للكاساني (الفقه الحنفي) ١٤٢٢/٣ وما يليها.

تحفة المحتاج (الفقه الشافعي) شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي ٣٧٥/٧ وما يليها.

شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل (الفقه المالكي) ٢٥٣/٣ وما يليها.

بداية المجتهد (الفقه المقارن) لابن رشد ٢٢/٢ وما يليها.

المحلى (الفقه الظاهري) لابن حزم ٤٨١/٩ وما يليها.

المغني (الفقه الحنبلي) لابن قدامة ٦٧٩/٦ وما يليها.

ثانياً: - المتعة؛

من الحقوق المالية للزوجة المتعة وهي لغة كل ما يتمتع به الإنسان من الاموال وغيرها. وفي الاصطلاح الشرعي ما يقدمه الزوج من المال لنزوجه المطلقة التي فارقتها بسببه لا بسبب منها قبل الدخول وقبل تحديد المهر لها. وبناء على التعريف المذكور يشترط لوجوب المتعة للزوجة المطلقة على زوجها الشروط الاتية:

١- ان يكون الزواج صحيحاً لان الفرقة في الزواج الفاسد أو الباطل قبل الدخول وقبل تحديد المهر لا توجب شيئا على الزوج.

٢- عدم ذكر المهر الصحيح في انشاء الزواج، اما اذا ذكر فيتأكد كله بالدخول ويتشطر الى نصفين نصفه يرجع للزوج والنصف الاخر يبقى للزوجة اذا طُلق قبل الدخول.

٣- ان تكون الفرقة قبل الدخول، هذا الشرط يكون بالنسبة لوجوب المتعة، اما في استحبابها فلا فرق بين ان تكون الفرقة قبل الدخول أو بعده، ففي كلتا الحالتين تستحق المتعة على الرأي الراجح في الفقه الإسلامي.

٤- ان لا تكون الفرقة بسبب منها، كارتدادها عن دين الإسلام أو كطلبها للفرقة عن طريق القضاء بدون تقصير من الزوج.^(١)

٥- ان لا تكون الفرقة بالوفاة، والا فلها مهر المثل قياساً للموت على الدخول، كما قضى بذلك الرسول ﷺ وابن مسعود وقد سبق تفصيل هذا الموضوع في البحث عن احكام المهر.

المصدر الشرعي لوجوب المتعة؛

المصدر الرئيس لمتعة الزوجة بصورة خاصة كما في حالة الطلاق قبل الدخول وتحديد المهر وبصورة عامة كما في الطلاق مطلقاً، هو القرآن الكريم، حيث امر بالمتعة في آيات متعددة منها:

(١) في الانوار للعلامة اردبيلي ١٤٠/٢ (وكل فراق منها أو بسببها فلا متعة لها)

قوله تعالى ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ^(١) أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ^(٢) قَدْرَهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ^(٣) قَدْرَهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً^(٤) عَلَى الْمُحْسِنِينَ^(٥)﴾.

وقوله تعالى ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ^(٦)﴾
وقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأَزْوَاجِكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَرْضُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزَيَّنَّتْهَا فَتَعَالَيْنِ أَتَمَّكُنَّ^(٧) وَأَسْرَحَكُنَّ سَرَّاحاً جَمِيعاً^(٨) * وَإِنْ كُنْتُمْ تَرْضُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالْأَخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُنَّ أَجْراً عَظِيماً﴾.

وقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ^(٩) وَسَرَّحُوهُنَّ^(١٠) سَرَّاحاً جَمِيعاً^(١١)﴾.

مقدار المتعة؛

من الواضح ان المتعة هي بدل من المهر ومهر المثل في حالة عدم ذكر المهر الصحيح وعدم الدخول ثم الطلاق، وان للبدل حكم المبدل، وقد سبق تفصيلاً حكم المبدل منه (المهر). وبناءً على ذلك ترك تحديد المتعة كمّاً (مقداراً) وكيفاً (نوعاً) للعرف السائد في بلد الزوجين، مع مراعات مركز الزوجة الاجتماعي والثقافي ونحوهما وامكانية الزوج مالياً والوضع الاقتصادي في بلدهما، واذا حصل التنازع بينهما في التحديد كمّاً وكيفاً يُقدرها القاضي.^(١١)

(١) في قراءة حمزة والكاساني (تماسوهن أي تجمعهن. مجمع البيان في تفسير البيان للطبري (أبي على الفضل بن الحسن) ٢٣٩/١.

(٢) الذي يكون ذا سعة لغنائه.

(٣) الذي يكون ذا ضيق لفقره.

(٤) تأكيد للوجوب.

(٥) سورة البقرة: ٢٣٦.

(٦) سورة البقرة: ٢٤١.

(٧) أي متعة الطلاق.

(٨) أي من غير اضرار.

(٩) أي ان لم يسم لهن صداق والا فلهن نصف المسمى.

(١٠) أي خلوا سبيلهن من غير اضرار.

(١١) سورة الاحزاب: ٤٩.

القاضي.^(١)

حكمة المتعة:

المتعة تعويض من الزوج لزوجته المطلقة عن الضرر الادبي (المعنوي) الذي يصيبها بسبب الطلاق، لأن الطلاق اضافة الى انه يؤذي الزوجة المطلقة ايذاءً نفسياً فإنه يقلل من شأنها ومن رغبة الناس في الاقدام على زواجها لكونها مطلقة وان لم يكن لها تقصير في حدوث الطلاق.

حكم المتعة:

لا خلاف في ان المتعة واجبة بالنسبة لزوجة مطلقة غير مدخول بها وغير مُقدر لها المهر، كما نص على ذلك الآية القرآنية في سورة البقرة،^(٢) لكن يُفهم من الآيات الأخر جواز الجمع بين المهر كله أو بعضه وبين المتعة، وقد اختلف في ذلك فقهاء الشريعة، فمنهم من قال: المتعة تكون لكل مُطلقة سوى المُطلقة المفروض لها المهر، اذا طُلقت قبل الدخول فلها نصف الصداق ولا متعة لها،^(٣) ومنهم من قال من المستحب المتعة لكل مُطلقة رغم تمتعها بمهرها كله أو بعضه اخذاً بعموم قوله تعالى ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾^(٤) وأرى ان هذا الرأي هو الراجح، فالمتعة واجبة في حالة الطلاق قبل الدخول وعدم ذكر المهر الصحيح ومُستحبة فيما عدا هذه الحالة بالنسبة لكل مُطلقة للحكمة التي ذكرناها آنفاً.

مسقطات المتعة:

تسقط المتعة بكل ما يسقط به المهر لأنها بدل منه ولها حكم المُبدل منه.^(٥)

(١) تحفة المحتاج المرجع السابق ٤١٧/٧.

(٢) الآية (٢٣٦).

(٣) مجمع البيان. المرجع السابق ٣٣٩/١.

(٤) سورة البقرة: ٢٤١

(٥) ينظر فيما يتعلق بالمتعة المراجع الآتية: الجامع لاهكام القرآن للطبري (ابي عبدالله محمد بن أحمد)

١٩٧/٣ وما يليها. مجمع البيان للطبري (ابي علي الفضل بن الحسن) ٣٣٩/١ وما يليها.

موقف القانون من المتعة:

لم يتطرق قانون الأحوال الشخصية العراقي القائم لموضوع المتعة صراحة بهذا التعبير، لكن في مقابل ذلك نصّ على احكام متقاربة مع احكام المتعة من حيث المآل. فنصّت (ف٣) من المادة (٣٩) على انه (اذا طلق الزوج زوجته وتبيّن للمحكمة ان الزوج مُتَعَسِف في طلاقها (أي لم يكن للطلاق مبرر شرعي) وان الزوجة اصابها ضرر من جراء ذلك، تحكم المحكمة بطلب منها على مُطلقها بتعمييض يتناسب وحالته المالية ودرجة تعصفه يُقدر جملة على انه لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الاخرى.

ثالثاً: نفقة الزوجة:

من الالتزامات المالية على الزوج الانفاق على زوجته في الزواج الصحيح ما لم يكن هناك مانع شرعي.

النفقة في اللغة: مأخوذة اما من النفوق وهو الهلاك كما يقال نفق المال اذا هلك، أو من النفاق وهو الرواج يُقال نُفقت السلعة أي راجت.^(١)

وفي الاصطلاح الشرعي (والقانوني): اسم لما يصرفه الإنسان على زوجته واولاده وأصوله أو غيرهم ممن تجب عليه نفقته.

ومن الواضح انه توجد علاقة بين المعنيين (اللفوي والشرعي) لما في نفقة الإنسان على الغير من هلاك مال المُنفِق ورواج حال المُنفَق عليه في نفقة الزوجة، ولا مبرر لتعداد الحاجيات التي تكون مشمولة بالنفقة، لانها عبارة عن متطلبات حياة الزوجة ومستلزماتها مما يكون ضرورياً لها ولزوجها ولأولادها. وهذه المستلزمات للحياة الاسرية تُحدد في ضوء العرف السائد في كل بلد وفي كل زمان ومكان وفي ضوء الظروف الاقتصادية في البلد والمكنة المالية للزوج والمركز الاجتماعي للزوجة.

تحفة المحتاج. المرجع السابق ٤١٥/٧ وما يليها. الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية المرجع السابق ٢١١/٢ وما يليها. المغني لابن قدامة المرجع السابق ٧١٥/٦ وما يليها. المحلى لابن حزم المرجع السابق ٤٨١/٩ وما يليها.

(١) لسان العرب لابن منظور فصل النون حرف القاف.

شروط وجوب نفقة الزوجة:

يُشترط لوجوب نفقة الزوجة شروط أهمها ما يلي:

١- ان يكون الزوج صحيحاً فلا نفقة ولا سكنى في الزواج الفاسد ولا في العدة من الزواج الفاسد.

٢- ان لا تكون الزوجة ناشراً نشوراً ثابتاً.

٣- الامكانية المالية للزوج، فإذا كان الزوج فقيراً وعاجزاً عن العمل لا تجب عليه نفقة زوجته، بل يُعطى للزوجة في هذه الحالة حق طلب التفريق القضائي ان أرادت.

وجدير بالذكر ان بعض الفقهاء^(١) ذهب الى ان نفقة الزوج في هذه الحالة واجبة على زوجته، لأن الله سبحانه وتعالى ربط النفقة بالميراث، فما دامت الزوجة وارثة لزوجها اذا مات وله مال، تجب عليها نفقة هذا الزوج اذا كانت متمكنة مالياً وأخذاً بقاعدة (الْفَرْمُ بِالْفَرْمِ) وقد أشار القرآن الكريم الى هذا الحكم إشارة واضحة في قوله تعالى ﴿وَعَلَى الْمُؤْتَدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾^(٢) ففرض نفقة المولود على من يرثه إذا مات والده أو كان غير قادر على الانفاق.

وقد أخذ بهذا الرأي مشروع القانون العربي الموحد للاحوال الشخصية حيث نص في المادة (٥٢/ج): (تُلزم الزوجة الموسرة بالانفاق على الأسرة ان كان لها مال)^(٣) ومن الواضح ان الأسرة تشمل الزوجة والزوج وأولادهما.

المصدر الشرعي لنفقة الزوجة:

المصدر الشرعي الرئيس لوجوبها على زوجها هو القرآن الكريم ثم تُؤكد السنة النبوية والاجماع والمعتول.

(١) كابن حزم الظاهري في كتابه المحلى (٩٢/١٠): حيث قال: (فان عجز الزوج عن نفقة نفسه وامرائه غنية كلفت النفقة عليه ولا ترجع عليه بشيء من ذلك ان أيسر). واحتج بالاية المذكورة (وعلى الوارث مثل ذلك)

(٢) سورة البقرة: ٢٣٣.

(٣) ينظر المجلة العربية للفقه والقضاء. العدد الثاني السنة الثانية تشرين الاول ١٩٨٥.

أ - القرآن الكريم:

وردت آيات تأمر الزوج بالانفاق على الزوجة التي تكون تحت عصمته فعلا أو تكون مطلقا وهي لم تنته عدتها بعد ومن تلك الايات:

قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(١).

قوله تعالى: ﴿اسْكُنُوهُنَّ^(٢) مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ^(٣) وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمِلَ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ^(٤)﴾.

وجدير بالذكر ان الشرط الوارد في نهاية هذه الآية ليس له مفهوم المخالفة على الرأي الراجح، بل تهب نفقة المعتدة سواء كانت حاملا أو غير حامل حتى تنتهي عدتها.

قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُفْنِقْ^(٥)﴾ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا^(٦)﴾.

ومن الواضح ان النفقة اذا كانت واجبة على الزوج لزوجته المطلقة طلاقا بائنا أو رجعييا في مدة عدتها، فمن باب اولى تكون واجبة اذا كانت تحت عصمته والزوجية قائمة.

ب - السنة النبوية:

هناك احاديث كثيرة تأمر بانفاق الزوج على زوجته منها:

قوله ﷺ (اتقوا الله في النساء. فانكم اخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن ولهن رزقهن وكسوتهن بالمعروف)^(٧).

قوله ﷺ (عن عائشة أَنَّ هِنْدَ بِنْتَ عُبَيْةٍ قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ، وَلَيْسَ يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَلَوْلِيَّ إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ، فَقَالَ: خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ)^(٨).

(١) سورة البقرة / ٢٣٣.

(٢) أي الزوجات المطلقات في مدة العدة.

(٣) أي من سعتم ومكنتكم المالية.

(٤) سورة الطلاق / ٦.

(٥) أي على المروضات والمطلقات الى ان تنتهي عدتهن

(٦) سورة الطلاق / ٧.

(٧) تهذيب الآثار للطبري ٦٢٧

(٨) صحيح البخاري، برقم (٥٠٤٩)، ٥ / ٢٠٥٢.

ج - الإجماع:

اجمع فقهاء الشريعة منذ صدر الإسلام على وجوب العمل بمقتضى ما يأمر به القرآن وتؤكد السنة النبوية من انفاق الزوج على زوجته.

د - العقل:

العقل السليم يقض بالتزام الزوج بالانفاق على زوجته ما دامت مرتبطة به ومُقيّدة بقيّد الزواج بحيث أصبحت كالمحبوسة بسببه.

حكم نفقة الزوجة:

يُؤخذ من الأدلة المذكورة أن حكم نفقة الزوجة على زوجها هو الوجوب المرادف للفرض إذا تحققت شروطه وانتفت مرانعه، وتصبح ديناً في ذمة الزوج وتتراكم في أيام عدم الانفاق، ولا تسقط هذه النفقة المتراكمة إلا بالاداء أو الإبراء. ولها حق المقاضاة ضد الزوج المتمكن مالياً والممتنع عن الانفاق لإجباره قضاءً على الانفاق أو التفريق القضائي إذا اختارت الزوجة التفريق ولها حق الاستدانة على حساب الزوج في حالة غيابه وعدم وجود مال له تُنفق منه على نفسها وأولادها ما لم يكن هناك مانع من موانع وجوب النفقة كالنشوز.

متى تجب نفقة الزوجة على زوجها:

اختلف آراء الفقهاء في تحديد تأريخ وجوبها فمنهم من ذهب إلى أنها تجب بمجرد انعقاد الزواج الصحيح سواء كانت الزوجة مسلمة أو كتابية أو صغيرة أو كبيرة أو صحيحة أو مريضة - وسواء كانت منتقلة إلى بيت الزوجية أو لا، ما لم يطلب انتقالها إلى البيت الزوجي وهي تمتنع لغير عذر مشروع، وسواء كان الزوج صحيحاً أو عنيماً أو مجبوراً أو صغيراً لا يقدر على المعاشرة الزوجية^(١)، لأن الله ربط النفقة بالزواج ذاته لا بالمعاشرة الجنسية أو الاحتباس، كما ورد هذا العموم والاطلاق في مصادر وجوب النفقة، وبهذا الاتجاه أخذ مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية حيث نصت (م ١/٥٢) على أنه تجب نفقة الزوجة على زوجها من حين العقد الصحيح) وكذلك المشرع العراقي في (م ٢٣) من

(١) في المطلب (١٠/٨٨): ينفق الرجل على امرأته من حين عقد النكاح دعي إلى البناء أو لم يدع ولو أنها في المهد ناشراً كانت أو غير ناشرة غنية كانت أو فقيرة ذات أب أو يتيمة برهان ذلك قول الرسول ﷺ (ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف).

قانون الأحوال الشخصية (تجب النفقة للزوجة على الزوج من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت أهلها، إلا إذا طالبها الزوج بالانتقال إلى بيته فأمتنعت بغير حق). ومنهم من ذهب إلى أن سبب استحقاق الزوجة للنفقة هو احتباسها لغيره ومنفعته، بناء على هذا الاتجاه لا تجب نفقة لزوجة لا تصلح للمعايشة الزوجية لمانع طبيعي كالصغر أو عارض كالمرض. والرأي الأول هو الراجح لقوة أدلته.

مقدار النفقة:

لم يعدد الشرع الإسلامي مقدار النفقة ولا نوعها، لأن النفقة من حيث الكم والكيف تختلف باختلاف الزمان والمكان والوضع الاقتصادي للبلد الذي يسكن فيه الزوجان، مع مراعات امكانية الزوج ومركز الزوجة الاجتماعي. وبناء على ذلك فإن المعيار لتحديد النفقة كمّاً وكيفاً هو العرف والامكانية المالية للزوج والمركز الاجتماعي للزوجة، كما نصّ على ذلك قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا﴾ ولأنه المراد بالمعروف في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(١).

المبحث الثاني

حقوق الزوج على زوجته

كما للزوجة حقوق منها مالية ومنها غير مالية، كذلك للزوج حقوق أكثرها معنوية وقد تكون مالية عند عجز الزوج وتوفير المكنة المالية للزوجة .
ومن أهم هذه الحقوق:-

١- حق الطاعة: للزوج على زوجته حق الطاعة في كل ما هو من آثار الزواج ولا طاعة له عليها في كل ما لا يكون من آثار الزواج، وفي كل ما يكون معصية ومخالفا لأوامر ونواهي الله ومخالفا للنظام العام والأداب العامة كتعاطي المسكرات ولعب القمار وكشف العورة أمام غير الزوج والخروج بشكل غير لائق، فلا يجوز للزوجة امتثال طلب الزوج في تلك الحالات وامثالها لقول الرسول ﷺ (لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق).^(١) أما في الأمور المشروعة المتعلقة بالزواج فمتى أوفى الزوج زوجته حقوقها الواجبة عليه من الحقوق المذكورة في المبحث الأول، عليها طاعته في حدود ما يفرضه ميثاق الزواج.

٢- على الزوجة تنفيذ ما يطلبه الزوج في حدود مسؤوليته الزوجية والاسرية لصالح الأسرة باعتباره رئيسا للعائلة بحكم مكنته المالية وطاقته البدنية في كسب المعيشة لزوجته ولأولادها والدفاع عنها وعن الأولاد كلما تعرضت الأسرة لخطر اعتداء المعتدي، وهذه المسؤولية المعيشية والدفاعية هي التي سماها القرآن الكريم قوامة، فقال سبحانه وتعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾، فافضلية الرجل في هذا المقام ليس لنقص مكانتها الإنسانية وكرامتها الشخصية، وإنما لميزة قوة يتمتع بها الرجل في كسب العيش والدفاع عن الأسرة، وليس المراد القِيم على الناقص بالمفهوم الشائع، فالزوجة ليست ناقصة العقل ولا ناقصة الأهلية حتى تكون عليها القيمومة القانونية والشرعية، فلها ذمتها المالية المستقلة عن الذمة المالية للزوج، ولها ان تتصرف في أموالها بالحرية التامة دون الحاجة الى اذن من زوجها، وللزوجة ان تتولى كافة المناصب

والوظائف في الدولة كالرجل بدون تمييز، كما قال سبحانه وتعالى في القرآن الكريم: ﴿الْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾، والمراد هو الولاية العامة بقرينة الامر بالمعروف اي بما فيه خير ونفع المجتمع والفرد، والنهي عن المنكر أي عن كل شر وضرر عن المجتمع والفرد، ولها ممارسة وظيفة رئيس الدولة الى ادنى موظف هو الامر بالمعروف والنهي عن المنكر.

٣- حق الزوج في تأديب زوجته اذا ارتكبت جريمة اخلاقية، كما نصّ على هذا التأديب والعقوبة التعزيرية القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾^(١). امر سبحانه وتعالى في هذه الآية بعقوبات تعزيرية متتاليات في التسلسل اذا ارتكبت الزوجة ما تستحق هذه العقوبات وذلك حرصا على استمرارية الحياة الزوجية وعدم تحطيم مؤسسة الزواج على رؤس من فيها من الكبار والصغار ممن لا ذنب لهم على الخطوات التالية:

الخطوة الاولى: امر القرآن الكريم الزوج في حالة نشوز زوجته ان يتبادر الى طريقة النصع والارشاد والتوجيه والتنبيه على الاخطاء بدلا من اللجوء الى الطلاق، فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾ هذه الطريقة هي اول واجبات رب الأسرة لاصلاح كل ما يتعرض للفساد.

في الخطوة الثانية: امر سبحانه وتعالى الزوج بهجر زوجته في المضاجع، فقال: ﴿واهجروهن في المضاجع﴾ ومن البدهي ان المضجع موضع الاغراء وهجره عقاب نفسي تعزيري يتخذه الزوج لتنبيه زوجته على انها ستلاقي مصير الحرمان من مضجعها الذي يمثل قمة علاقة الزوجية في المودة والرحمة والسكينة، لكن التربية الاخلاقية الإسلامية تأمر الزوج بأن يلتزم بالآتي:

- ١- ان لا يكون الهجر الا في مكان خلوة الزوجين.
- ب- ان لا يهجرها امام الاطفال حتى لا يؤثر ذلك على سلوكهم ويسورث في نفوسهم الشر والفساد.

ج - ان لا يكون هجرا امام الغريباء. يُذَلُّ الزوجة ويُقَلِّلُ من شأنها فتزداد نشوزا، لان المقصود علاج النشوز لا اذلال الزوجة ولا افساد الاطفال.

وفي الخطوة الثالثة امر القرآن الزوج بضرب زوجته ضربا لا يكسر العظم ولا يُجرَحُ الجلد، اذا كانت الجريمة الاخلاقية التي ارتكبتها الزوجة تقتضى ذلك، لان الزوج في هذه الحالة امام ثلاثة خيارات:

١- اما ان يعاقب بنفسه الزوجة كما ذكر.

ب- واما ان يرفع القضية الى القضاء. وفي هذا الاختيار إساءة لسمعة عائلة الزوجين وتطعيم لمستقبل الزوجة.

ج - او يطلق الزوجة ويُعْطِمُ الكيان الزوجي ويُشَرِّدُ الاولاد وغير ذلك من الآثار السلبية للطلاق، وقد يزعم البعض ان اسلوب الضرب ليس اختيارا حكيما، وجواب هذا الزعم هو ان الضرب ليس معركة بين الزوج والزوجة حسب التقاليد السيئة، وانما مجرد تهديد لزعزعة الزوجة وعدم تكرار الخطيئة، ويدل على هذه الحقيقة اقوال الرسول ﷺ ومنها: (لا يجلد احدكم امرأته جلد عبد ثم يجامعها في آخر اليوم)^(١) ومنها قوله (لا يضرب الا اشراركم).^(٢)

٤- حق الزوج على زوجته في الانفاق عليه اذا كان الزوج فقيرا وعاجزا عن العمل والزوجة متمكنة من الناحية المالية، لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْفِقَ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعُهَا لَا تَضَارُّ الْوَالِدَةُ وَلَدَهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾^(٣).

في هذه الآية فرض سبحانه وتعالى على والد الطفل نفقة وكسوة المرضعة عينا او نقدا، عوضا عن قيامها بارضاع الطفل وحضانه، وفي حالة غياب الاب بوفاة او فقر، يكون المسؤول عن هذا الانفاق وارث الطفل، فربط بين الانفاق والميراث فقال: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ وهذا يدل على ان مسؤولية الإنسان عن الانفاق على

^١ - ينظر صحيح البخارى في فتح البارى ٣٦/١/٣٠٢.

^٢ - الشوكاني في نيل الاوطار ٦/٢٣٨.

^٣ - سورة البقرة / ٢٢٣.

الغير مبنية على أساس انه وارث له، وبما ان الزوجة وارثة لزوجها اذا مات قبلها فتجب عليها نفقته اذا كانت غنية وهو فقير.^(١)

٥- ان لا تأبى زوجته اذا دعاها الزوج الى المعاشرة الزوجية ما لم يكن لها عذر مشروع ككونها في العادة الشهرية، لأن الرسول ﷺ نهى عن هذا الالباء في احاديث كثيرة منها قوله (ما من رجل يدعو امرأته الى فراشها فتأبى عليه الا كان الذي في السماء (أي الله) ساخطا عليها حتى يرضى عنها).^(٢)

^١ - المصلى لابن حزم الظاهري ٩٢/١٠.

^٢ - صحيح مسلم ١٠٦٠/٢.

المبحث الثالث

الحقوق الزوجية المشتركة

قال سبحانه وتعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(١) اي للنساء حقوق تُقابلها التزامات، فموضوع التزامات الزوج حقوق الزوجة، كما أن موضوع التزامات الزوجة حقوق الزوج، وقد سبق في المبحث الاول حقوق الزوجة الخاصة على زوجها، وفي المبحث الثاني حقوق الزوج الخاصة به على زوجته، وفي هذا المبحث نتناول حقوقاً يتمتع بها كل من الطرفين في وقت واحد، لذا سُميت الحقوق المشتركة، وأكثر هذه الحقوق تكون معنوية غير مادية ومن أهمها ما يأتي:-

حق تمتع كل من الزوجين بالآخر، فهي تشمل هذه الحقوق:

١- **المعاشرة الجنسية** التي يتلذذ بها كل من الزوجين، لأن لكل منهما الغريزة الجنسية

الطبيعية، لذا حرم القرآن هجر الزوج لزوجته أكثر من أربعة اشهر، فقال سبحانه وتعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ، وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾^(٢).

وكذلك فرض الشرع الإسلامي على الزوجة المطاوعة لزوجها كلما رغب الزوج في الاتصال الزوجي بها، اذا لم يكن لها عذر شرعي مانع ككونها في الحيض، حيث حرم القرآن المعاشرة الزوجية اثناء قيام العادة الشرعية (الحيض)، فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذَى فَأَعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾^(٣).

٢- **الحب المتبادل والاحترام المتقابل والسكينة والمودة والرحمة** التي هي من أهم اثار علاقة الزوجية، كما قال سبحانه وتعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾^(٤).

١ - سورة البقرة/ ٢٢٨

٢ - سورة البقرة/ ٢٢٧

٣ - سورة البقرة/ ٢٢٢

٤ - سورة الروم/ ٢١

٣- حق التوارث؛ علاقة الزوجية سبب من اسباب الميراث، فلكل زوج حق الميراث في تركه الاخر اذا توفي قبله ولو كان الوفاة قبل الدخول، وقد نص القرآن الكريم على ذلك في قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نَصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرِّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يوصِينَ بِهَا أَوْ ذَيْنَ وَلَهُنَّ الرِّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّلُثُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تَوْصُونَ بِهَا أَوْ ذَيْنَ^(١)﴾. وجدير بالذكر ان الزوجة التي تساهم في تكوين تركه زوجها بان تكون موظفة او تمارس اعمالا تجارية او صناعية او زراعية او نحو ذلك مع زوجها يجب قبل توزيع تركه الزوج اخراج ما يخصها من التركة على ان يشهد ذلك ويقدر مقدار ما تستحقه عن طريق تلك المساهمة بالبينة او العرف او بتقدير اهل الخبرة لان ما يخص الزوجة من التركة من قبيل الدين المتعلق بها واخراج الدين يجب ان يسبق توزيع التركة، والولد يشمل الذكر والانثى.

٤- حق كل من الابوين في النفقة على اولادهما بالتساوي اذا كانا فقيرين كما يأتي تفصيل ذلك في الفصل القادم الاخير.

٥- حق الولاية يجب ان تتولى الام ولاية القاصر بعد وفاة الأب ار في غيابه او فقدان اهليته، لانها احق بذلك من الجد والاخوة وسائر العصبات خلافا لما عليه اكثر الاراء الفقهية في الفقه الإسلامي، لانه ثبت للقضاء العراقي ان الام اولى من غيرها بعد الاب، لان العصبات يظلمون القاصر ويأكلون اموالهم بغير حق.

٦- لكل من الزوجين حق التربية والتأديب والتوعية والتعليم على حد سواء بالنسبة لأولادهما.

٧- حق المصاهرة:- من الحقوق المشتركة بين الزوجين حق صلة المصاهرة التي هي لا تقل أهمية من أهمية القرابة في تقوية العلاقات الاجتماعية والتعارف والتكافل والتضامن والتواحد.

فيحرم على الزوج اصول زوجته وان سعدوا وفروعها وان نزلوا، كما يحرم على الزوجة اصول وفروع زوجها، ومن الآيات الدالة على هذا التحريم قوله تعالى: (وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ^(٢)) نِسَائِكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ

^١ - سورة النساء/١٢.

^٢ - اي حرمت عليكم امهات نساكنكم الى آخره.

تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا
 بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا^(١). وجدير بالذكر ان من
 تزوج بنتا تحرم عليه أمها بمجرد عقد الزواج، لكن من تزوج ام البنت فلا تحرم
 البنت اذا حصلت الفرقة بينهما قبل الدخول، وحكمة ذلك ان البنت تحتاج الى
 مساعدة الام في شؤون زواجها فاراد الله ان يصبح الزوج بمثابة ابن لها بمجرد عقد
 الزواج، بخلاف عكس ذلك فالام لا تحتاج الى بنتها لخبرتها السابقة.



الفصل السادس

النفقة النسبية

المراد بالنفقة النسبية نفقة الاصول والفروع والحواشي
التي يكون سببها الشرعي والقانوني النسب الشرعي
بينهم.
وتوزع دراسة هذا الموضوع على مبحثين يُخصص
الاول للنسب والثاني للنفقة النسبية.



المبحث الأول

النسب وسبل إثباته

أساس النسب الحمل والولادة، لا خلاف بين فقهاء الشريعة والمختصين في الطب الحديث أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، فمن ولد في أقل من هذه المدة لا يثبت نسبه بالنسبة لمن يدعيه على أساس الزواج.

ومصدر تحديد هذه المدة مجموع آيتين واردتين في القرآن الكريم وهما قوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾^(١) وقوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنْ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ﴾^(٢)

فالآية الأولى قدرّت مدة الحمل والفصال بثلاثين شهرا والثانية حدّدت الفصال (القطام) بعامين. وباخراج المدة الثانية من الاولى يبقى للحمل ستة أشهر من تأريخ الزواج وإمكان التلاقي والدخول، وهذا مما لم يختلف فيه فقهاء الشريعة وأثبت العلم الحديث صحته، غير أن الحد الأقصى للحمل أي لمدة بقاء الجنين في بطن أمه بعد تكونه وقبل الولادة يختلف في تحديده فقهاء الشريعة.^(٣)

طرق إثبات النسب:

لأثبات النسب ثلاث طرق وهي الفراش (قيام الزوجية)، والاقرار، والبيّنة.

أولا:- الفراش (قيام الزوجية):-

والمراد به في هذا الموضوع هو الزوجية الصحيحة القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء حملها بالولد.

^١- سورة الاحقاف / ٤٦.

^٢- سورة لقمان / ١٤

^٣- قال الظاهرية أقصى مدة الحمل تسعة أشهر بناءً على الغالب (المحلى/١٠/٣١٦)، وقال بعض فقهاء المالكية أقصاها سنة قمرية وهذا ماأقره الطب الحديث ويتفق مع رأي بعض فقهاء الشيعة الامامية. للعبة الدمشقية ٤٣٢/٥، وقال الحنفية أقصاها سنتان وقال الشافعية أقصاها أربع سنوات.

شروط ثبوت النسب بالفراش:-

- ١- إمكان حمل الزوجة من زوجها بأن يكون الزوج بمن يتأتى منه الحمل بأن يكون بالغا أو مراهقا في الأقل، فلو كان دون هذا العمر لا تُعتبر هذه الطريقة قائمة، لأنه لا يُتصور أن تحمل منه زوجته.
 - ٢- إمكان التلاقي بين الزوجين عادة بعد العقد، لأن العقد أصل الاتصال بين الزوجين هو السبب الحقيقي للحمل، فلو انتفى إمكان هذا التلاقي عادة وأُتت بولد بعد مضي ستة أشهر من تأريخ الزواج لا يثبت نسبه منه.
 - ٣- إمكان الدخول بأن لا يوجد في أحد الزوجين مانع من موانع الدخول ككون الزوج غائبا بعد الزواج وقبل الدخول أو كونه صغيرا أو نحو ذلك.
 - ٤- أن تلد الزوجة لستة أشهر مضت على العقد من تأريخ إنشائه، فلو أتت به لأقل من ذلك لا يثبت نسبه إلا إذا أدعاه ولم يُصرح بأنه من الزنى ويكون ثبوت النسب في هذه الحالة بالاقرار لا بالفراش.
 - ٥- أن تلد في مدة لا تزيد عن أقصى مدة الحمل التي حددها العلم والطب الحديث وأقره بعض فقهاء الشريعة كما ذكرنا، فإذا وضعت الطفلة بعد سنة من تأريخ الزواج وامكان التلاقي والدخول لا يثبت نسبه.
- فاذا تخلف شرط من هذه الشروط لا يثبت النسب.

ثبوت النسب بالدخول في الزواج الفاسد:-

يثبت النسب بالدخول (لا بالزواج) إذا ثبت أن الزواج فاسد بأن كان بدون حضور شاهدين على الرأي الراجح في الفقه الإسلامي أو كان الزواج قبل إنتهاء عدة المدخول بها من فرقة سابقة من زواج سابق وذلك لوجود الشبهة بالعقد.

ثانيا: ثبوت النسب بالاقرار:

والمقصود بالاقرار بالنسب إخبار شخص بقيام القرابة بينه وبين شخص آخر وهو نوعان:-
أحدهما: قرابة مباشرة: وهي صلة بين الأصول والفروع بدرجة واحدة كالبنوة والابوة والامومة.

والثانية: قرابة غير مباشرة: وهي قرابة المحواشي الذين يجمعهم أصل مشترك دون ان يكون احدهما فرعاً للآخر كالأخوة والعمومة.

ويعد ايضا من القرابة غير المباشرة قرابة الاصول والفروع اذا لم تكن من الدرجة الاولى كالاجداد والاحفاد.

شروط ثبوت النسب بالاقرار:-

- ١- ان يكون المقر له بالبنوة مجهول النسب، بأن لا يكون له أب معروف، أما اذا عُرِف له الاب فالاقرار يكون باطلا.
- ٢- ان يكون المقر له بالبنوة مما يولد من مثل المقر بأن يكون بينهما فرق من السن يشمل ذلك.
- ٣- أن يُصدق المقر له المقر اذا كان مميزا، لأن الاقرار حجة قاصرة على المقر فلا يتعدى الى غيره إلا ببينة أو تصديق من هذا الغير.
- ٤- أن لا يُصرح المقر بان الولد المقر له من الزنى.

الاقرار بالابوة والامومة:-

- يصح إقرار شخص بالغ عاقل بأبوة شخص معين كأن يقول هذا أبي أو بأمومة امرأة معينة كأن يقول هذه أُمي اذا توافرت الشروط الآتية:-
- ١- ان يكون المقر مجهول الاب في حالة الاقرار بالابوة ومجهول الام في الاقرار بالامومة.
 - ٢- ان يولد مثله لمثل المقر منهما.
 - ٣- ان يُصدق المقر له مطلقا، لأن المفروض ان كل واحد منهما قد بلغ من العمر حداً يصلح ان يكون أبا أو أما، لذا يكون تصديقهما ضروريا لثبوت هذا النسب.

الفرق بين الاقرار بالبنوة والتبني:

بالاقرار بالبنوة إقرار بنسب حقيقي لشخص مجهول النسب وهو يعترف ببنوة نشأت من التلاقى بين حيمين وبَيِّضَة أنثى.

والتبني استلحاق شخص ولدا (ذكرا أو انثى) معروف النسب لغيره أو مجهول النسب كاللقيط مع التصريح بأنه يتخذه ولدا، في حين أنه ليس بولده في الحقيقة والواقع.

وهذه الطريقة كانت موجودة قبل الإسلام وما زالت موجودة في بعض البلاد غير الإسلامية مثل فرنسا.

ثم جاء الإسلام فألغاهما لما فيه من مفسد ومخاير، قال سبحانه وتعالى في القرآن الكريم: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي

السَّيْلَ، اذْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَيَاخُورُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا^(١).

وحكمة تحريم التبني إستبعاد للمفاسد الآتية:-

١. كذب واقتراف على الله.
٢. إتيان بشخص غير محرم وإدخاله في الأسرة كواحد منهم زورا.
٣. الاختلاط غير المشروع بينه وبين أفراد الأسرة من الذكور والاناث ولا يُنكر ان إيواء اليتيم أو اليتيمة عمل مُحَبَّذ وفيه أجر كبير عندالله لمن يقوم بتأمين عيش هذا اليتيم أو هذه اليتيمة، لكن بعد دخوله في سن البلوغ يجب إما عزله أو جعله حرما عن طريق المصاهرة، فاذا كان الشخص المتبنى بنتا يُزوجها من أحد أولاده وان كان ذكرا يُزوجه إحدى بناته أو تُرضعه الأم في الأسرة على أن لا يزيد عمره عن سنتين، واذا لم يمكن كل من ذلك يجب عزله.
- ومن المؤسف أن القضاء العراقي يورثه إذا سُجل كأحد أولاد المتوفى في دائرة الأحوال المدنية، وهذا الصنيع قد يكون سببا لحرمان الورثة الشرعيين بهذا الوارث غير الشرعي..

ثالثا: ثبوت النسب بالبينة؛

كما يثبت النسب شرعا وقانونا بقيام الزوجية والاقرار، كذلك يثبت بالبينة وهي أقوى من الاقرار لانها حجة متعددة الى الغير والاقرار حجة قاصرة تقتصر آثاره على المُقر وعلى هذا الاساس اذا تعارض الاقرار والبينة تُقدّم البينة عليه.

وهذه البينة تتحقق بشهادة رجلين أو رجل وأمرأتين على الرأي الراجح وجدير بالذكر ان هذه الطرق الثلاث ليست في مرتبة واحدة من حيث القوة والاثّر، لأن الفراش (قيام الزوجية) سبب حقيقي لاثبات النسب وهو مُنشئ له، أما الاقرار والبينة فهما سببان ظاهريان يدل كل منهما على وجود السبب الحقيقي (الفراش).^(٢)

^١ - سورة الاحزاب/٥،٤.

^٢ - ينظر أحكام الأسرة في الاسلام دراسة مقارنة للاستاذ محمد مصطفى شلبي /ص ٦٧٧ ومايليها.

موقف القانون من إثبات النسب:-

نصت المادة (٥١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي القائم بالنسبة لثبوت النسب بالزوجية على انه (يُنسب ولد كل زوجة الى زوجها بالشرطين التاليين:-

١- ان يمضي على مدة الزواج أقل مدة الحمل.^(١)

٢- ان يكون التلاقى بين الزوجين ممكناً.

وكان المفروض ان يُضيف المشرع اليهما شرطين آخرين وهما:

١- ان يكون الدخول ممكناً.

٢- ان لا تزيد مدة الحمل على أكثر من سنة.

ونصت المادة (٥٢) في اثبات النسب بالاقرار على ان:

١- الاقرار بالبنوة ولو في مرض الموت لمجهول النسب يشبث به نسب المُقر له

إذا كان يولد مثله لمثله.

٢- إذا كان المُقر امرأة متزوجة أو معتدة، فلا يشبث نسب الولد من زوجها الا

بتصديقه أو بالبيّنة.

وبالنسبة لاقرار الولد بأبوة رجل أو أمومة امرأة، فنصت المادة (٥٣) على ان (إقرار

مجهول النسب بالأبوة^(٢) أو بالأمومة^(٣) يشبث به النسب إذا صدّق المُقر له وكان يولد مثله

لمثله) أي فارق العمر بين المقر والمقر له يجب أن يتناسب مع هذا الاقرار، وشرط التصديق

مبنى على أساس ان المقر له بالغ عاقل، فلا يكفي مجرد الاقرار ما لم يقتن به التصديق.

وبالنسبة للاقرار بالنسب من غير الاصول والفروع أي الاقرار بالهواشي كالاقرار بالاخوة

أو العمومة، نصت المادة (٥٤) على أن (الاقرار بالنسب في غير البنوة والابوة والامومة لا

يسرى على غير المُقر الا بتصديقه)، وكان المفروض ان يُضيف المشرع الى هذا التصديق من

يكون على حسابه، فمن أقر باخوة شخص ذكر أو انثى وكان له إخوة وأخوات بالزوجية، بعد

وفاة المورث فلا يرث الا من حصة المُقر، ما لم يُصدقه سائر الورثة أو يشبث بالبيّنة، وكذا

من أقر بزوجية امرأة لوالده المتوفى فلا ترث الا من حصة المُقر ما لم يُصدقه الورثة أو تؤيده

البيّنة.

^{١-} أي ستة أشهر.

^{٢-} كان يقول لرجل وهو مجهول الاب هذا أبي

^{٣-} وكان يقول لامرأة وهو مجهول الام هذه أمي.

المبحث الثاني

نفقة الاصول والفروع والحواشي

وجوب نفقة هذه الاصناف الثلاثة سببه النسب (القرابة النسبية)، وقد اختلف فقهاء الشريعة في تفصيلات ميراث هذه الاصناف، وأحاول أن أجنب هذا الاختلاف والأخذ بما هو أقرب الى القبول والعدالة، وبما يدل عليه ظاهر القرآن من العمل بمقتضى عموميه وبما تبناه فقهاء الظاهرية والحنابلة من الأخذ بعموم قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ حيث ربط القرآن النفقة بالميراث والوارث اسم فاعل محلى بال الاستغراق، وأعطانا قاعدة كلية وهي ان كل من يرث من تركته شخص آخر يجب عليه نفقة هذا المورث اذا كان فقيرا عاجزا عن العمل وكان هذا الوارث متمكنا ماليا أو قادرا على الكسب، فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعُهَا لَا تُضَارُّ وَالِدَةُ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾^(١).

ولم يفرق القرآن في هذه الآية في بناء النفقة على الميراث بين الذكر والانثى ولا بين القريب المحرم والقريب غير المحرم. وفي ضوء هذا العموم تقول القاعدة الشرعية العامة (الغرم بالغنم أو الغنم بالغرم)، فانفاق القريب على قريبه غرم وميراث المنفق من مال المنفق عليه غنم.

القواعد التي تجب رعايتها في النفقة النسبية :

- ١- الاصل ان نفقة كل شخص تكون على نفسه الا نفقة الزوجة على زوجها.
- ٢- لا تجب النفقة لاحد من الاصول والفروع والاقارب الاخرين الا عند الحاجة.
- ٣- لا تجب النفقة النسبية مع اختلاف الدين بين المنفق والمنفق عليه الا بالنسبة للاصول والفروع والزوجات.
- ٤- ينفرد الاب بالانفاق على ولده ولا يشاركه أحد، كما ينفرد الولد واحدا كان أو أكثر بالانفاق على أبويه ولا يشاركه أحد، شأنها شأن انفاق الزوج على زوجته.

- ٥- نفقة الاقارب تُقدر على الكفاية، لأنها لا تجب الا عند الحاجة، فلا يجب أكثر من سد الحاجة، كما في نفقة الاولاد في حالة كون الاب مُعسرا. وفي حالة يساره يُقدره القاضي على ان يأخذ بنظر الاعتبار حال المنفق والمنفق عليه.
- ٦- نفقة الاصول والفروع لا يتوقف وجوب ادائها على حكم قضائي أو اتفاق رضائي، فهي واجبة تلقائيا شأنها شأن نفقة الزوجة بخلاف نفقة غيرهم، فان اداءها غير واجب الا بعد اتفاق رضائي أو حكم قضائي، وفي جميع الأحوال اذا وجبت النفقة وأمتنع المسؤول عنها عن ادائها تراكم في ذمته ولا تسقط الا بالاداء أو البراء، شأنها شأن أى دين عادي.
- ٧- ولا يُقضى بالنفقة من مال الغائب أو المفقود الا للزوجة والاصول والفروع.^(١)

شروط وجوب نفقة الفرع على الأصل:-

- ١- ان لا يكون للفرع مال خاص صغيرا كان أم كبيرا ذكرا أم أنثى.
- ٢- ان يكون الفرع عاجزا عن الكسب او يكون طالب علم أو أنثى غير متزوجة، فهي لا تُكلف بالعمل رغم قدرتها عليه ما لم تكن موظفة لها مرتب يكفي لنفقتها.
- ٣- ان يكون الاصل قادرا على الكسب ولو لم يكن غنيا، لان الولد المحتاج نفقته واجبة على أبيه وحده.
- أما اذا كان الاب مُعسرا غير قادر على العمل وكانت الام موسرة تجب عليها نفقة ولدها وتكون ديناً على الاب ترجع به عليه اذا أيسر، وكذا تجب النفقة على الأم المتكسنة ماليا اذا كان الاب غائبا ولم يمكن استيفاء النفقة من ماله الحاضر أو الغائب.
- واذا كان الاب والام مُعسرين غير قادرين على العمل وجبت نفقتهم على وارثهما، كما نصَّ على ذلك قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾، وتتراكم النفقة في ذمة من وجبت عليه ديناً اذا امتنع عن ادائها ويجوز إجباره على الانفاق عن طريق القضاء.
- ومادام الميراث أساسا لوجوب النفقة، تكون نسبة النفقة كنسبة الميراث، فمن له أخ وأخت يجب ثلث النفقة على الاخت وثلثاها على الاخ، لان ميراثه على تقدير وفاته قبلهما وترك مال يكون للذكر مثل حظ الانثيين واذا كان الورثة من ذوى الارحام وهم ماعدا

^١--- ينظر الاحوال الشخصية في التشريع الاسلامي للدكتور أحمد القندور/ص ٦١٥ ومايليها.

بين البنت وأبن الابن، وهذا ما نرجحه لأن القرآن بنى النفقة على أساس الميراث وهذا يستلزم بناء نسبة النفقة على نسبة الميراث.

٣- وإذا كان الفروع إناثا فقط أو ذكورا في درجة واحدة تجب النفقة على الكل بالتساوي، وإن كانوا ذكورا وإناثا في درجة واحدة كالبنين والبنت تكون النفقة أثلاثا ثلثاها على الذكور وثلثها على الاناث على الرأي الراجح الذاهب الى أن نسبة النفقة تكون كنسبة الميراث، أما على رأى من يقول بخلاف ذلك تكون النفقة واجبة على الكل بالتساوي بغض النظر عن الذكورة والانوثة، والاتجاه الاول هو الصائب كما ذكرنا.

موقف القانون^(١) من النفقة النسبية:-

تولت المواد الآتية بيان أحكام النفقة النسبية:-
المادة (٥٩)

١- اذا لم يكن للولد مال فنفقته على أبيه ما لم يكن فقيرا عاجزا عن النفقة والكسب.

٢- تستمر نفقة الاولاد الى أن تتزوج الانثى ويصل الذكر الى الحد الذي يتكسب فيه امثاله ما لم يكن طالب علم.

٣- الابن الكبير العاجز عن الكسب بحكم الابن الصغير.
المادة (٦٠)

١- اذا كان الاب عاجزا عن النفقة يكلف بنفقة الولد من تجب عليه عند عدم الاب.

٢- تكون هذه النفقة ديناً على الاب، وللمنفق ان يرجع بها عليه اذا أيسر.
المادة (٦١)

يجب على الولد الموسر كبيرا كان أو صغيرا نفقة والديه الفقيرين ولو كانا قادرين على الكسب ما لم يظهر الاب اصراره على اختيار البطالة.
المادة (٦٢)

تجب نفقة كل فقير عاجز عن الكسب على من يرثه من أقاربه الموسرين بقدر إرثه منه.

^١ - وميراثنا هو قانون الأحوال الشخصية العراقي القائم رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩

المادة (٦٣)

يقضى بنفقة الاقارب من تاريخ الادعاء..

وما جاء في هذه المواد من أحكام النفقة النسبية موافق للرأي الراجح في الشريعة الإسلامية.

لكن يلاحظ على ما جاء في المادة الاخيرة من ثبوت نفقة الاقارب إعتبارا من تاريخ إقامة الدعوى، من وجهة نظرنا ان هذا يخالف لروح الشريعة الإسلامية والعدالة، لان سبب وجوب النفقة قائم قبل رفع الدعوى فالمفروض ان يتحقق المسبب كلما تحقق سببه، وبناء على ذلك أقترح تعديل هذه المادة بالاتي:-

(يُقضى بنفقة الاقارب من تاريخ ثبوت سببها كما في النفقة الزوجية).



القسم الثاني

أحكام الطلاق في الفقه الإسلام المقارن

(دراسة مقارنة بالقانون)



المقدمة

أرى من الضروري في هذه المقدمة استعراض النقاط التذكيرية الآتية، امتثالاً لأمر الله: ﴿وَذَكَرْ فَإِنَّ الذَّكَرَى تَنْفَعُ الْمُؤْمِنِينَ﴾^(١)

- ١- المرأة نصف المجتمع فهي أم و بنت وأخت وزوجة.
- ٢- المرأة ليست بضاعة تُباع وتُشتري وتُمنها مهرها كما يزعم الاعداء بل هي أئمن من أن تُشتم بالشتم.
- ٣- الزواج ليس عقداً تكون الزوجة عملاً له ويكون المهر بدلاً لها، وإنما هو ميثاق غليظ^(٢) وشركة روحية رأس مالها الحب المتبادل والاحترام المتقابل وربحها انجاب جيل جديد صالح.
- ٤- الزوجة ليست تحت رحمة الزوج إن شاء أمسكها وإن شاء طلقها، فالطلاق ابغض الحلال عند الله، وإنما شرع للضرورة والضرورات تقدر بقدرها.
- ٥- الإسلام يأبى أن ينهار على الزوجين والاولاد بلحظة واحدة بناء استغرق اكماله سنوات بكلفة باهظة.
- ٦- على القاضي والمفتي أن يميز بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي. فالشريعة عبارة عن القرآن والسنة النبوية الثابتة، فعلى كل إنسان أن يتقيد بها عقيدة وعملاً أما الفقه الإسلامي فهو شروح لنصوص الشريعة واجتهادات فيما لا نص فيه وكل مجتهد كما يكون مصيباً يكون مخطئاً.^(٣)
- ٧- على القاضي والمفتي أن لا يتقيد بمذهب معين بل عليه أن يأخذ برأي مذهب يكون أصلح للأسرة وبقائها، بمقتضى قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾.^(٤)

(١) سورة الذاريات / ٥٥

(٢) قال تعالى (واخذن منكم ميثاقاً غليظاً) سورة النساء / ٢١

(٣) يراجع مؤلفنا / مجموعة الابحاث العلمية / الصفحات ٧٣-٧٥، ٩٨-١٠١، ١٦١-١٦٢

(٤) سورة البقرة / ١٨٥

٨- التقييد بمذهب معين مخالف للقرآن الكريم، قال سبحانه وتعالى: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾^(١) ولم يقل اسألوا ابا حنيفة او الشافعي او غيرهما من ائمة المذاهب الفقهية، فالتقييد بمذهب معين في كل صغيرة وكبيرة مدى الحياة خطأ لا يُغتفر، وتقديس أي مجتهد يأباه الإسلام لأنه شرك، فالتقديس لا يكون إلا لذات الله، كما جاء هذا الحصر في قوله تعالى: ﴿هُوَ اللَّهُ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْمَلِكُ الْقُدُّوسُ﴾^(٢).

٩- المذهبية ليست عقيدة يعتنقها المسلم مدى الحياة تنتقل من جيل الى جيل، لقد مر الإسلام بعصره الذهبي اكثر من (١٠٠) مئة سنة لم يكن هناك مذهب مدون يتقيد به المسلم.

١٠- القاعدة الاصولية تقضي بان (العامي) لا مذهب له أي من لا يكون مجتهدا لا يتقيد بمذهب معين.

١١- من القواعد الاصولية المتفق عليها ان القاضي اذا حكم برأي من اراء الفقهاء في مسألة خلافية يجب الاخذ بالرأي الذي حكم به، لأن حكم القاضي يرفع الخلاف، وكذا اذا اخذ القانون برأي من اراء الفقهاء يجب العمل بما اخذ به القانون.

١٢- على القاضي والمفتي مراجعة القرآن الكريم اولا لمعرفة حكم المسألة، فان لم يجد فيه فعليه مراجعة السنة النبوية، وان لم يجد فعليه الاجتهاد اذا كان اهلا له، والا فعليه ان يسأل اهل الذكر في عصره وفي بلده لمعرفة الحكم.

قال الرسول ﷺ لمعاذ بن جبل حين رشحه واليا لليمن ما معناه بم تحكم اذا عرض عليك امر؟ فقال أحكم بكتاب الله، قال: فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال: احكم بسنة رسول الله، قال: فإن لم تجد في كتاب الله ولا في سنة رسوله؟ قال: اجتهد ولا آلو (لا اقصر)، فقال الرسول ﷺ: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله.^(٣)

(١) سورة النمل / الآية ٤٣

(٢) سورة الحشر / الآية ٢٣

(٣) سنن أبي داود، كتاب الأقضية، باب اجتهد الرأي في القضاء ٣٥٩٢

- ١٣- اجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن كل عقد أو تصرف شرعى أو قانونى يكون معلقا على الشرط باطل، فكيف يُفتى بالطلاق المعلق وبوقوعه إذا تحقق الشرط المعلق عليه، في حين أن الطلاق أخطر تصرف يصدر عن الإنسان وابقض حلال عند الله!
- ١٤- اجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الحلف بغير الله وصفاته باطل. والباطل كالمعدوم لا يترتب عليه شئ، فكيف يُفتى بمواز الحلف بالطلاق وترتب الآثار عليه؟
- ١٥- القرآن في تحديد الطلاق ذكر المرة ولم يذكر العدد وبينهما فرق واضح حيث يوجد الزمن بين مرة ومرة بخلاف العدد.

خطة البحث:

نوزع دراسة الطلاق واحكامه على فصول اربعة:
يُخصّص الفصل الاول للتعريف بالطلاق، والثاني
لمستلزمات الطلاق، والثالث للتفريق القضائي،
والرابع لاثار الفرقة بالطلاق او الوفاة.



الفصل الاول

التعريف بالطلاق

التعريف بالطلاق يتطلب دراسة ثلاث نقاط:
الاولى لماهية الطلاق وانواعه
والثانية لمن يملك سلطة التطبيق
والثالثة لكيفية انتهاء علاقة الزوجية كما امر
به القرآن.



المبحث الاول

الطلاق وانواعه

الطلاق: هو انتهاء علاقة الزوجية بتعبير صريح ومتعارف من الزوج او الزوجة او منهما او من القضاء.

والتطليق: يكون من الزوج غالبا بارادته المنفردة وقد يكون من الزوجة اذا خولت به من قبل الزوج اثناء ابرام الزواج او بعده، وقد يكون باتفاق الطرفين وهذا ما يُسمى الخلع، وقد يكون من القاضي كما في التفريق القضائي لسبب يُبرره كما ياتي تفصيل ذلك في محله.

انواع الطلاق:-

ينقسم الطلاق من حيث طبيعته الى نوعين:- رجعي وبائن.

النوع الاول: الطلاق الرجعي:

وهو كل طلاق بعد الدخول بدون مقابل مرة واحدة او مرتين.

حكم الطلاق الرجعي:

الزوجة المطلقة طلاقا رجعيا زوجة حُكمية لزوجها المطلق قبل انتهاء عدتها مراجعتها بدون عقد جديد وتترتب على ذلك الآثار الاتية:

١- لا تُعتبر معاشرتها قبل انتهاء العدة جريمة الزنا، ونسب الولد الذي يتكون من هذه المعاشرة شرعي.

٢- تجب لها نفقة كاملة خلال مدة العدة.

٣- اذا مات احدهما قبل انتهاء العدة يرثه الاخر كما في الوفاة حالة قيام الزوجية الحقيقية.

٤- على الزوجة ان تبقى في بيت الزوجية حتى تنتهي عدتها تشجيعا على استئناف الحياة الزوجية.

قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تَخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ

حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَذْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا^(١)

وقد اشار القرآن الكريم في نهاية هذه الآية: ﴿لَا تَذْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ أي حكمة بقاء الزوجة اثناء العدة في بيت الزوجية وهذا الامر المتوقع هو اعادة الحياة الزوجية بالرجعة.

٥- اذا طلقها اثناء العدة طلقة اخرى يلحقها الطلاق ويقع لأنها لا تزال زوجته حكماً، وهذا الرأي هو أُتْبِعَ في الفتوى، لكنه مُخَالَف للقرآن والمنطق، يقول سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ^(٢)﴾، والمطلقة لا تُطَلَّق ومُعْتَدَةُ الطلاق السابق لا تَعْتَدُ، والمنطق يقول: وبدء عدة المعتدة تحصيل الحاصل، وتحصيل الحاصل محال باتفاق العلماء والعقلاء.

٦- للزوج قبل انتهاء العدة مراجعتها بقوله (راجعتك الى عصمتي) او نحو ذلك سواء قبلت أم لا، حيث لا يشترط رضاها لأنها زوجته حكماً، لكن يُسْتَحَبَّ ويحب عند بعض الفقهاء أن تكون الرجعة بحضور شاهدين، ونرى ان رضاها شرط لصحة الرجعة كحضور شاهدين، لقوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ^(٣)﴾ وبرضاها لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُنْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِنَعْتَدُكُمْ^(٤)﴾، وهذا ما نرجحه لظاهر الآية، ونرى أن القيد يعود الى كل من المعطوف والمعطوف عليه، والأولى المعطوف، بناءً على القاعدة العامة: (إذا دار القيد بين القريب والبعيد يرجع الى القريب)، وبناء على ذلك لا يُعْتَدُ بالطلاق إلا بحضور شاهدين عادلين أو الإقرار به أمامهما أو أمام القضاء. ففي الآية الأولى أمر بالإشهاد في الطلاق والرجعة، وكل أمر للوجوب، وفي الآية الثانية نهى عن الإضرار اللازم للرجعة والإمساك بدون رضاها.

ويرى بعض الفقهاء ان الزوج اذا عاشرها اثناء العدة او قبلها يُعَدُّ ذلك رجعة، لكن الراجح هو ان يكون بالقول وبحضور شاهدين لظاهر الآية المذكورة .

(١) سورة الطلاق / ١

(٢) سورة الطلاق / ١

(٣) سورة الطلاق / ٢

(٤) سورة البقرة / ٢٣١

النوع الثاني الطلاق البائن؛

وهو كل طلاق قبل الدخول او بمقابل او للمرة الثالثة، وكل طلاق رجعي بعد انتهاء العدة.

فالطلاق قبل الدخول بائن لعدم وجوب العدة على الزوجة المطلقة قبل الدخول، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَكَهَّنْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ^(١) فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَقْتَدُونَهَا فَمَعَهُنَّ وَسَرَحوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا^(٢)﴾.

والطلاق بمقابل بائن ويسمى خلعا وهو الطلاق باتفاق الزوجين على عوض تدفعه الزوجة او من ينوب عنها لزوجها مقابل ان يطلقها ويشترط ان تكون الزوجة في هذه الحالة أهلا للتبرع اذا كانت هي الملتزمة بدفع المقابل من مالها، لأن ما يقابله وهو الطلاق ليس بمال فيكون الدفع بمثابة التبرع.

وكذلك يجب ان لا يزيد العوض عن ثلث تركتها اذا كان الاتفاق قد تم في حالة مرضها مرض الموت، وبخلاف ذلك تبطل الزيادة من العوض.

اقسام الطلاق البائن:

ينقسم الطلاق البائن الى قسمين: بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى.

١- البائن بينونة صغرى هو ان يكون لمرة واحدة او مرتين.

وحكمه: هو ان للزوج قبل انتهاء العدة او بعده استئناف الحياة الزوجية معها بعقد جديد ورضائها ومهر جديد واذن الولي عند من يشترط ذلك كما في انشاء الزواج للمرة الاولى.

٢- البائن بينونة كبرى. وهو: كل طلاق للمرة الثالثة سواء كان بمقابل او بدونه فاذا تم استيفاء الطلقات الثلاث تترتب عليه الاحكام الاتية:

أ- عدم جواز بقاء الزوجة في بيت الزوجية لانها اصبحت باننة مُحرمَة على الزوج.

ب- عدم جواز اعادة الزوجة لا بالرجعة ولا بزواج جديد حتى تنكح زوجا غيره.

ت- للزوجة بعد انتهاء عدتها ان تختار زوجا اخر شريكا لحياتها الزوجية.

ث- يجوز لها الرجوع الى الزوج الاول بالشروط التالية:

(١) أي من قبل ان تدخلوا بهن

(٢) سورة الاحزاب / ٤٩

أولاً: ان تتزوج زوجاً آخر زوجاً شرعياً طبيعياً بعيداً عن حيلة التحليل، وان يدخل بها الزوج الثاني دخولاً شرعياً.

ثانياً: ان تحصل الفرقة بينهما بطلاق او تفريق قضائي او وفاة.

ثالثاً: ان تنتهي عدتها من هذه الفرقة.^(١)

فاذا توافرت هذه الشروط جاز للزوج الاول ان يتزوجها اذا رغباً في ذلك، لأن كل منهما مرّ بالتجربة فلا يتكرر الخطأ الذي كان سبباً للطلاق ثلاث مرات.

حكمة هذا الاجراء:

لهذا الاجراء في استئناف الحياة الزوجية بعد الطلاقات الثلاث حكم كثيرة منها ما يأتي:

١- ان الطلقة الثالثة تعتبر نتيجة حتمية لاستفحال الخصومة بين الزوجين وفتح المجال لهما من الشارع الحكيم اكثر من ذلك (طلاق فامساك ففراق فعودة فسراح) اقرار للعبث واستمرار لتعاسة لا نهاية لها.

٢- تعليق زواج العودة بعد الطلقة الثالثة بالتزوج من زوج ثان قيد اخر اضافه الشارع الحكيم الى القيود الاخرى على الارادة في الطلاق تضيقاً لدائرته.

٣- ان تجربة الزوجة مع الزوج الجديد قد توضح امامها كل حقيقة فتُبيّن صوابها من خطئها بعد مقارنتها بين الهياتين مع الزوجين. وقل مثل ذلك بالنسبة للزوج ايضا اذا كان الخطأ منه.

٤- مهزلة التحكيم والتحليل: لجأ القائلون بوقوع الطلاق ثلاثاً مرة واحدة الى بعض الحيل غير الشرعية لتعويض الزوجين واولادهما عن الحكم من اضرار بسبب هدم بناء الزوجية على رؤوسهم دفعة واحدة، وفي لحظة واحدة ومن هذه الحيل التحكيم والتحليل:

^(١) لم يكن الشرع العراقي موثقاً في تعريف الطلاق الرجعي والبائن في المادة (الثانية والثلاثون) من قانون

الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ حيث عرف كلا منهما بحكمه فقال الطلاق قسمان:

١- رجعي: وهو ما جاز للزوج مراجعة زوجته اثناء عدتها منه دون عقد وتثبت الرجعة بما يثبت به الطلاق. ٢- بائن وهو قسآن أ- بينونة صغرى وهي ما جاز فيه للزوج التزوج بمطلقة به بعد جديد.

ب- بينونة كبرى وهي ما حرم فيه على الزوج التزوج من مطلقة التي طلقها ثلاثاً متفرقات ومضت عدتها.

والتعريف بالحكم غير صحيح لان معرفة حكم الشئ تتوقف على معرفة هذا الشئ قبل الحكم بالقاضي اذا لم يعرف مقدماً كون الطلاق رجعياً فكيف يحكم بجواز رجعتها بدون عقد جديد وكذلك اذا لم يعرف مقدماً كون الطلاق بائناً بينونة صغرى كيف يحكم بجواز إعادة الزوجة بعقد جديد.

أولاً: التحكيم:

مهزلة التحكيم هي عبارة عن الحكم ببطلان زواج شافعي المذهب الذي اوقع طلاقه ثلاثاً على أساس ان شاهدي هذا الزواج لم يكونا عادلين وعدالتهما عند الشافعي شرط لصحة الزواج ثم القيام بتزويج المطلقة من زوجها المطلق مرة ثانية على مذهب ابي حنيفة لأن عدالة الشاهدين ليست شرطاً لصحة الزواج عنده.
اقول لهؤلاء:

١- هل الشريعة الإسلامية من صنع الشافعي وابي حنيفة او من صنع الله وقد قال تعالى: ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ﴾^(١)!

٢- الإسلام مرّ بعصره الذهبي أكثر من قرن قبل ان يُخلق الشافعي وابو حنيفة، كيف كان حال المسلمين في زواجهم وطلاقهم قبل خلق ابي حنيفة والشافعي؟

ثانياً: حيلة التحليل:

التحليل هو ان تتزوج المطلقة ثلاثاً رجلاً آخر بعد انتهاء عدتها بتواطئ مضمونه: ان يطلقها بعد ان يدخل بها حتى تحل للزوج الاول بعقد جديد وهذه الحيلة باطلة للأسباب الآتية:

١- التحليل عادة جاهلية شجها الإسلام على لسان نبيه، حيث قال الرسول ﷺ (لعن الله المحلل والمحلل له).^(٢)

٢- التحليل مُخالف لظاهر القرآن من اوجه متعددة منها:

أ- فيه عزم على الزواج قبل انتهاء العدة بالتواطئ، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾.^(٣)

ب- عقد وقتي يكاد يكون الطلاق فيه امراً حتمياً، في حين ان ما ورد في القرآن الكريم عقد دائم وطلاق محتمل، حيث قال تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾.^(٤)

(١) سورة يوسف / الآية ٤٠

(٢) ينظر ابن ماجة رقم الحديث ١٩٢٤

(٣) سورة البقرة / ٢٣٥

(٤) سورة البقرة/ ٢٣٠

- ولو صح التحليل لقول القرآن (واذا طلقها) لأن كلمة (إن) تُستعمل في امرٍ مشكوك فيه ولفظة (إذا) تُستعمل في الامر المحقق.
- ٣- تشريع الزواج انما هو لمصلحة معلومة وغاية سامية فاستعماله في التحليل استعمال في غير حقيقته الشرعية وتلاعب بآيات الله وقد قال سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا﴾^(١).
- ٤- التحليل مخالف لسنة رسول الله ﷺ للأسباب الآتية:
- ورد في الترمذي والمسنود من حديث ابن مسعود ؓ قال (لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له) وقال اسناده حسن،^(٢) وفي رواية أخرى من حديث عقبة بن عامر، قال رسول الله ﷺ (الا اخبركم بالتيس المستعار؟) قالوا بلى يا رسول الله، قال: (هو المحلل لعن الله المحلل والمحلل له).^(٣)
- قال ابن قيم (فهؤلاء الرواد من سادات الصحابة قد شهدوا بلعنة اصحاب التحليل وهم المحلل والمحلل له وهذا ما اخبر عن الله فهو خبر صادق).^(٤)
- ٥- مخالف لأثار الصحابة:
- أ- قال عمر بن الخطاب ؓ: (لا اوتي بمحلل ولا محلل له الا رجتهما).^(٥)
- ب- قال علي بن ابي طالب ؓ: (لا ترجعوا اليه الا بنكاح رغبة غير دلسة ولا استهزاء بكتاب الله).^(٦)
- ٦- مخالف لاراء التابعين:
- قال عبدالرزاق: اخبرنا ابن جريح قال: قلت لعطاء فطلق المحلل فراجعها زوجها، قال يُفَرِّقُ بينهما، وقال بكر بن عبدالله المزني: اولئك يُسمون في المجاهلية التيس المستعار.^(٧)
- ٧- مخالف لاراء تابعي التابعين: قال اسحاق لا يحل ان يسكها لان المحلل لم تتم

(١) سورة البقرة / اية ٢٣١

(٢) ابن ماجة رقم ٩٢٤

(٣) ابن ماجة رقم ١٩٢٦

(٤) اغانة اللهفان لابن قيم الجوزية ٢٨٥/١

(٥) المرجع السابق ٢٨٧/١

(٦) اعلام الموقعين لابن قيم ٤٥/٣

(٧) اغانة اللهفان المرجع السابق ٢٩٢/١

له عقدة النكاح.^(١)

٨- عدم تحقق الحكمة المقصودة من قوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ وهي ان تذوق عشرة الزوج الجديد فتعرف حق زوجها السابق اذا كانت هي الناشئة. وحتى يراها في عصمة غيره يعاشرها معاشرة الأزواج فيشعر ذلك في نفسه بواعث الندم ان كان قد ظلمها بالطلاق. فان استنفذ عشرة جديدة من بعد ذلك راعى كل منهما حق صاحبه وعرف نعمة الله في عشرته فتدوم بينهما المودة. ومن الواضح انه لا تتحقق هذه الحكمة ما لم يكن الزواج الثاني زواج رغبة لا اصطناع فيه.^(٢)

٩- زواج توقيت لأنه يتم على اساس ان المحلل اذا عاشرها يطلقها فوراً والزواج المؤقت باطل بالاتفاق.

١٠- زواج بشرط حيث يشترط على المحلل ان يطلقها بعد معاشرتها حالا وهو باطل.

١١- زواج يتخلف فيه ركن الرضا، لأن الزوجة لا تقبل ولا ترضى بأن يكون المحلل زوجاً لها بصورة دائمية.

١٢- قول الشافعية والجعفرية والظاهرية بصحة التحليل على أساس عدم ذكر الشرط صراحة في عقد الزواج، يخالف لقوله تعالى: ﴿وإن تَبَدَّلَا مَآ فِي أَنْفُسِكُمْ أَوْ تَخَفُوا يُعَاسِبِكُمْ بِهِ اللَّهُ﴾^(٣) ولقول الرسول ﷺ (انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرء ما نوى).^(٤)

قال ابن قيم (ولا فرق عند اهل المدينة واهل الحديث وفقهائهم بين اشتراط ذلك بالقول او بالتواطى والقصد فان القصد معتبر والاعمال بالنيات والالفاظ لا تُراد لعينها بل للدلالة على المعاني فتترتب عليها احكامها).^(٥) فاذا ظهرت المعاني والمقاصد، فلا عبرة بالالفاظ لأنها وسائل وقد تحقق غاياتها.

(١) المرجع السابق

(٢) ينظر الاستاذ الشيخ زكي الدين شعبان الزواج والطلاق في الاسلام ص ١٠٧

(٣) سورة البقرة / ٢٨٤

(٤) صحيح البخاري

(٥) ينظر زاد المعاد لابن قيم ٦/٤

المبحث الثاني

حكمة تشريع الطلاق ومن يملكه

اولا. حكمة تشريع الطلاق:

الزواج ميثاق لا يشبه أي عقد من حيث طبيعة عمله والحقوق والالتزامات المترتبة عليه ومن حيث الغاية المتوخاة من إنشائه.

فمحل ميثاق الزواج ليس حقا ماليا ماديا وانما هو حلٌ تمتع كل من الزوجين بالآخر. والآثار المترتبة عليه ليست حقوقا مادية وانما هي رحمة ومودة وسكينة وولام وانسجام وحب متبادل وشركة في السراء والضراء..

والغاية المقصودة من انشائه ليست كسب ربح مالي او درء خسارة مادية، وانما هي التناسل والتوالد والمساهمة في استمرار حياة بني نوع الإنسان بما يتفق وكرامته وسيادته في هذا الكون.

ولكن على الرغم من هذه الأهمية والخطورة للزواج فإنه قد لا يحظى بنجاح وقد قيل قديما وحديثا:

ليس كل ما يتمنى المرء يدركه تجري الرياح بما لا تشتهي السفن

قد يخون البصر وينخدع الشعور في اختيار شريك او شريكة الحياة، فالاقتران قد يبنى على اساس خاطئ، او تقدير غير سليم، فتكشف الايام اثناء الحياة الزوجية لكل منهما ما لا يرتضيه الآخر من طباع وخلق بعد تيسر الفرص لان يرى كل صاحبه على حقيقته دون خداع او تظاهر، او قد يطرأ بعد الزواج امر خارج عن ارادتهما فيكدر صفوة الحياة الزوجية، او قد يحدث الشقاق والتنافر بتدخل الاهل والاقارب والاصدقاء باسم المصلحة او النصيح فينتقلب اساس كيانهما الى معول هدام، فتتقلب القلوب ويتحول الحب الى البغض والولام الى الشقاق والمودة والسكينة الى الفوضى.

او قد تتسرب الشكوك من مسامة متنوعة، فتزيل الثقة بينهما وتتجسد الاوهام فتمنحها زورا وبهتانا معالم الحقائق فيتحول كل شئ في تفكيرهما الى عكسه فيفقدان الصواب في كل صغيرة وكبيرة.

وبعد هذا وذاك ليس من الحكمة ارغام طرف على قبول استمرار هذا الكيان الزوجي الهزيل الهش الذي يزيد بؤسا يوما بعد يوم من تفاقم الشرّ واستفحال الامر الذي قد يؤدي بهما او باحدهما الى سلوك اجرامي او اغراف خُلقي او أية ظاهرة صحية او اجتماعية اخرى تُعرض حياتهما للخطر.

لهذا بل ولأكثر من هذا اصبح الطلاق أمرا ضروريا لجأت إليه الامم قديما وحديثا واقترته الشرائع السماوية واخذت به القوانين الوضعية الا ما شدّ منها.

والإسلام بحكم كونه ديناً فطرياً من الطبيعي ان يُقر هذا النظام بتشريع يُحقق مصلحة الأسرة والامة بشكل يكون بعيداً عن التعسف. فهو لم يسمح للرجل ان يعتبر المرأة سلعة تُباع وتُشتى، بل رفع مكانتها واقّر حقوقها الطبيعية التي كانت محرومة من اكثرها قبل الإسلام، ووضع للطلاق اركاناً وشروطاً وحدد لها حدوداً وفرض على ارادة الزوج قيوداً بحيث لن يتمكن ان يعتبره عملاً كيفياً يقدم عليه متى شاء ولاي سبب اراد، وبذلك قد اخذ مسلكاً وسطاً بين الافراط والتفريط المتمثلين في نظام طلاق الكاثوليك والبروتستانت من المسيحيين ونظام طلاق الريانيين من الموسويين.

بل اعتبره دواءً مركزاً يتعاطاه المرضى في بعض الاحايين، فإن احسنوا استعماله أدى الى نتيجة حسنة، وان أساءوا الاستعمال - كما هو الوضع السائد المؤسف في العالم الإسلامي اليوم - جلب الفوضى والويل والمآسي على الفرد والمجتمع.

ثانياً: من يملك سلطة التطبيق:

قد يتصور البعض ان انفراد الرجل بحق الطلاق امر كثيراً ما يُتحكم فيه ولو كان للمرأة فيه رأي او كان بإشراف من المحكمة لكان بعيداً عن مجالات التعسف. ومن هذا يتساءل المرء اذا كان الامر كذلك فلماذا اختص الرجل بهذا الحق في الإسلام على الرغم من شجبه لكل تصرف فيه ضرر وتعسف؟ وتوضيح هذه الحقيقة يحتاج الى مناقشة الشقوق المتصورة في هذا الموضوع والاحتمالات العقلية خمس:

١- إما ان يكون الطلاق بيد المرأة وحدها.

٢- او بيد الرجل وحده

٣- او ان يتم باتفاق الطرفين.

٤- او ان يكون عن طريق المحكمة.

٥- أو ان يكون بيد الرجل وتُعطى المرأة فرصا للطلاق.

١/ الطلاق بيد المرأة وحدها

لا يستقيم لأسباب كثيرة منها:

١- ان الطلاق والزواج نظامان بُنيا في المجتمعات الاولى على عادات الفطرة: فالذكر يطلب الانثى ولا تطلبه هي، والرجل يخطب المرأة وهي لا تخطب، والرأي في الترك فطريا يكون لمن له الرأي في الزواج، وعلى هذه العادة الفطرية جرى الإسلام فلم يمنع هذا الحق للمرأة وحدها.

٢- الطلاق تصرف ترتب عليه تبعات مالية فيلتزم الزوج بدفع المهر الكامل لزوجته وتسديد نفقات العدة والاولاد واجور الحضانة بالإضافة الى نفقات الزواج الجديد ان اراد ذلك.

فليس من العدل والانصاف ان يُلزم شخص بما يترتب على عمل الغير وتكون التزاماته حقوقا لهذا الغير، ثم ان هذه التبعات المالية تحمل الزوج على التروي وضبط النفس وتدبر الامر قبل الاقدام على الطلاق وتجعله يحرص على بقاء الزوجية ما لم تكن هناك ضرورة ملحة.

٣- ان المرأة بحكم خلقتها الطبيعية اكثر انفعالا واندفاعا من الرجل بالعوارض والظروف التي تواجهها في حياتها، فلو مُنحت وحدها حق الطلاق لأساءت التصرف به لأنها قد لا تُبالي كثيرا بالنتائج وهي في ثورانها.

وقد اثبتت التجارب التي مرت بها بعض الامم القديمة ان منح المرأة حق الطلاق كان عاملا فعّالا في كثرة حوادث الطلاق، كما كان كذلك عند الرومان في العهد الكلاسيكي وعند بعض قبائل العرب قبل الإسلام.

٢/ بيد الرجل وحده:

قد تطرأ على الحياة الزوجية عوارض اضطرارية او اختيارية تضرّ بمصلحة الزوجة إذا استمرت الحالة، كغياب زوجها او الحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية، او إصابته بمرض مُعدي لا يُرجى شفاؤه او كإمتناعه عن الانفاق عليها، او كسوء معاملته لها... فلو جُرِدَت المرأة من حق الطلاق ومُنح للرجل وحده في هذه المجالات لأصبحت ضحية هذه الحوادث.

لذا منحها الإسلام في هذه الحالات سلطة طلب الطلاق من القضاء حفظاً لمصلحتها بالتطليق، ولمصلحة زوجها تتدخل المحكمة.

٣/ بيد الرجل والمرأة معا:

الإسلام يُقر الطلاق باتفاق الزوجين كما في صورة الخلع إذا كان بعيداً عن التمسك، إلا أن تحقق توافق الطرفين على الطلاق في جميع المجالات يكاد يكون مستحيلاً، إذ كثيراً ما يُعاندهما أحدهما بقصد الإضرار بالآخر.

٤/ التطليق من المحكمة:

هذه الطريقة مُتبعة في الشريعتين (الموسوية والمسيحية) وفي كثير من القوانين الوضعية، فلا يجوز الطلاق في هذه الحالة إلا أمام المحكمة المختصة بإشراف منها. أما الإسلام فإنه لم يُقر ذلك لمساوئ كثيرة منها: فضح الأسرار الزوجية أمام المحكمة وعامي الطرفين، وقد تكون هذه الأسرار مُخرجة تُسيء إلى سمعة العائلة، وتُحطّم مستقبل الزوجة. لتتصور أن رجلاً اشتبه في سلوك زوجته، وأراد أن يُطلقها بإشراف المحكمة، فكيف تكون فضائح هذا العمل؟ وكيف يكون تأثير انتشاره على سمعة الزوجين والأقارب؟ ثم دوافع الطلاق قد تكون أموراً باطنية كالكرهية التي لا يمكن الاستدلال عليها بالبيّنات والامارات، ولا يعرفها إلا أصحابها، ويكون بذلك خارجاً عن نطاق المحكمة.

٥/ بيد الرجل واعطاء المرأة فرصاً للمطلاق عند الحاجة:

أقر الإسلام هذه الطريقة الأخيرة السليمة فاعتبر الطلاق حقاً طبيعياً للرجل، لأنه ينسجم مع التزاماته نحو زوجته وأولاده وبيته.

فما دام الرجل هو الذي يُلزم بدفع المهر وتقدير النفقات، فمن حقه أن يكون بيده إنهاء رابطة الزوجية عملاً بقاعدة (الغنم بالغرم) ولأنه غالباً أضبط أعصاباً وأكثر تقديراً لنتائج الطلاق في سريعات الغضب والشوران، فلا يستخدم هذا الحق إلا بعد اليأس من نجاح سعاده الزوجية.

ولم ينس الإسلام حق الزوجة في هذا الأمر الخطير الذي يُقرر مصير الزوجين، بل أعطاها حق طلب الطلاق من المحكمة المختصة لأسباب مبيّنة في التفريق القضائي.

المبحث الثالث

كيفية إنهاء علاقة الزوجية في القرآن

حرصا على استمرارية الحياة الزوجية، وعدم هدم مؤسسة الأسرة على رؤوس من فيها من الكبار والصغار ممن لا ذنب لهم، وتشجيعا على عدم الاستسلام لبوادر النشوز والكراهية والشقاق... بالتسرع في قطع جبل رباط الزوجية: شرع الله سبحانه وتعالى في دستوره الأخير (القرآن) خطوات بطيئة لإنهاء العلاقة الزوجية، وأمر باتباعها بصورة تدريجية علما أن تؤدي الى صفة كدرة ومودة هُدُرت، حتى تستقيم الحياة الزوجية وتستقر فتستمر.

فالخطوات كما حددها القرآن الكريم هي الشامي التالية:

الخطوة الاولى: الموعظة (فعضوهن)

أمر القرآن الكريم الزوج في حالة نشوز زوجته أن يتبادر الى طريقة النصح والارشاد والتوجيه والتنبية على الاخطاء، بدلا من اللجوء الى الطلاق، فقال سبحانه تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾^(١) هذه الطريقة هي اول واجبات رب الأسرة لإصلاح كل ما يتعرض للفساد، لأنه عمل تهييبي مطلوب لأهل الأسرة بأسرها. يقول سبحانه تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ﴾^(٢) الرعظ مقصود بالذات هنا لهدف معين هو معالجة بوادر نشوز الزوجة قبل أن يستفحل الامر فتترتب عليه نتائج سلبية. لكن الزوجة قد تطفئ بجمالها او مالها او حسبها او غير ذلك، كما يقول سبحانه وتعالى: ﴿كُلُّا إِنَّ الْإِنْسَانَ لِرَبِّهِ لَكَنُفٍ﴾^(٣) فهي لا تتأثر بالموعظة الحسنة فعندئذ على الزوج أن يغير الاسلوب باتخاذ الخطوة الثانية.

(١) ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِأَمْوَالِهِمْ قَالُ الصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَفْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾ النساء : ٣٤

(٢) ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ عَلَيْهَا مَلَائِكَةٌ غِلَاظٌ شِدَادٌ لَا يَعْصُونَ اللَّهَ مَا أَمَرَهُمْ وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ﴾ التحريم : ٦

الخطوة الثانية: الهجر في المضاجع (واهجروهن في المضاجع):

المضجع موضع الاغراء، وهجره اسلوب نفسي يتخذه الزوج لتبنيه زوجته على أنها سوف تلاقى مصر الحرمان من مضجعها الذي يُمثل قِصة العلاقة الزوجية في المودة والرحمة والسكينة، كما يقول سبحانه وتعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾^(١).

لكن التربية الاخلاقية الإسلامية تأمر الزوج بأن يلتزم بما يلي:

- ١- ألا يكون الهجر الا في مكان خلوة الزوجين.
- ٢- ألا يهجرها أمام الأولاد حتى لا يؤثر ذلك على سلوكهم وسورث في نفوسهم الشر والفساد.

٣- الا يكون هجرا امام الغرباء يُذل الزوجة ويُقلل من شأنها، أو يستثير كرامتها فتزداد نشوزا. لأن المقصود علاج النشوز لا إذلال الزوجة ولا إفساد الأولاد، وإذا فشلت هذه الطريقة لما تحملته الزوجة من النفسية الشريرة، فعلى الزوج ان يلجأ الى اسلوب آخر يتناسب مع هذه النفسية وهو الخطوة التالية.

الخطوة الثالثة: الضرب (واضربوهن):

كما ان لأي داء دواءً خاصاً فإن لعلاج كل تمرد اسلوباً متميزاً يتناسب مع حجم العصيان. وإنما أمر الله بالضرب لأن الزوج أمام ثلاثة خيارات لا رابع لها: إما اللجوء الى القضاء ففيه فضح أسرار العائلة، وإما الطلاق وفيه تفكيك الأسرة، وإما ضرب غير مُبرح (لا يؤذي ولا يؤلم ولا يجرح)، فالضرب هو الأصوب. وقد يزعم البعض ان أسلوب الضرب ليس اختياراً حكيماً. فاقول لهم: أجل، الضرب بمفهومهم السقيم ليس من الحكمة، ولكن هذه الطريقة ليست معركة بين الرجل والمرأة يُراد بهذا الاسلوب تخويم رأس المرأة حين تُستهز بالنشوز، إن هذا قطعاً ليس من الإسلام. إنما هو تقاليد في بعض الازمان نشأت مع هوان الإنسان. فأمر الإسلام يختلف في الشكل والصورة وفي الهدف والغاية. فالضرب كالطلاق بغيض لكنه اهن الشرين.

وقد أكد ذلك الرسول الكريم ﷺ في كثير من أقواله منها (لا يحد أحدكم إمراته جلد عبد ثم يجامعها في آخر النهار).^(١)

وقال عن الذين يضربون نساءهم (ولا تجدون أولئك خياركم)،^(٢) وقال: (ولا يضرب الا اشارككم).^(٣) ورُستنتج من هذه الاحاديث الشريفة ان الضرب لا يكون الا عقابا لزوجـة ترتكب عملاً منافياً للاخلاق والاداب العامة، وهذا العقاب لا يكون بالطلاق لأن العقوبة يجب ان يقتصر أثرها في شخص الجاني في حين أن الطلاق له آثار سلبية على الزوجين والاولاد إن وجدوا وأسرتهما، وهذا يخالف قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾.^(٤) وكذلك لا يكون العقاب من المحكمة، لأن وصول الأمر إليها يؤدي الى انتشاره وبالتالي الى إساءة سمعة الأسرة، وقد فهم السلف الصالح هذه الحقيقة، فالقاضي شريح الذي عينه أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه قاضيا على البصرة ومارس القضاء (٦٣) سنة، كان عندما يشور غضبه ويتأثر من زوجته (زنب) يأخذ سواكه الذي يسمح به أسنانه عند الصلاة ويشير به إليها مهدداً به إياها قائلاً:

رأيت رجالا يضربون نساءهم فشلت يميني حين أضرب زنباً

إذا الضرب الذي امر به القرآن غير الضرب الذي يفهمه الجاهلة.

واستصحاب الهدف لهذه الاجراءات يأبى ان يكون الضرب تعذيباً للانتقام والتشفي، ويمنع ان يكون إهانة وتذليلاً وتحقيقاً للزوجة، ويرفض أن يكون للقسر والارغام على معيشة لا ترضاه.^(٥)

تلك الخطوات الثلاث تُتبع إذا كان النشوز من الزوجة، اما اذا كان من الزوج، فالقرآن يأمر باتباع الخطوة التالية:

(١) ينظر فتح الباري بشرح صحيح الامام ابي عبدالله محمد بن اسماعيل البخاري للامام الحافظ احمد بن علي بن حجر العسقلاني (٧٧٢ - ٨٥٢ هـ) باب ما يكره من ضرب النساء وقوله تعالى (واضربوهن) أي ضرباً غير مبرح، ٣٢٠/٩

(٢) الشوكاني، نيل الاوطار ٢٣٨/٦

(٣) الطبقات الكبرى ١٤٨/٧

(٤) ﴿قُلْ أَغْنِيَ اللَّهُ عَنِّي رَبِّي وَهُوَ رَبُّ كُلِّ شَيْءٍ وَلَا تَحْسَبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عِندَهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّكُم مَّرْجِعُكُمْ فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ﴾ الأنعام : ١٦٤

(٥) ينظر سيد قطب في خلال القرآن/٥/٦٤

الخطوة الرابعة: الصلح (والصلح خير):

وجه القرآن الكريم الزوجين الى التصالح والتفاوض والتفاهم كلما بدت بوادر نشوز الزوج. قال سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾^(١). هذه خير طريقة للتنظيم الاجتماعي في محيط الأسرة حين ينشئ وقوع ظاهرة النشوز والاعراض من قبل الزوج، تهدد مركز المرأة وكرامتها، وأمن الأسرة واستقرارها، قبل ان يصل الامر الى الطلاق الذي هو أبغض الحلال الى الله، أو ترك الزوجة تعيش بين حالتي البقاء والطلاق. وقد شجع القرآن الكريم الزوج على التفاهم وقبول الصلح الذي هو خير له ولزوجته واولاده، لأنه قد يكون مخطئا في كراهة زوجته، فقال تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُمْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُمْ فَهَبُوا لَهُ مَا كَرِهْتُمْ شَيْئًا وَتَجْعَلِ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾^(٢).

تلك الخطوات الاربع تتبع حين يكون الطرف المقصر من الزوجين معلوما، أما في حالة الشقاق بينهما واتهام كل منهما بالتقصير والتسبب فيه، فإن القرآن يأمر بتدخل جهة ثالثة من الاهل والاقارب لاصلاح ذات البين عن طريق التحكيم.

الخطوة الخامسة: التحكيم (فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها)^(٣)

حين ظهور بوادر الشقاق والخلاف بين الزوجين على اسرتهما، أو ولي الامر، أو القاضي، أو أية جماعة اسلامية، التدخل بتقديم العون والمساعدة لرفع ضرر الشقاق بالاسلوب الذي أمر به القرآن في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾^(٤). وتنفيذ هذا الامر الالهي لدراسة شقاق الزوجين يتطلب توافر ما يلي:

أ- ان يبعث حكم من اهلها ترتضيه، وحكم من اهله يرتضيه.

^(١) ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾ النساء: ١٢٨

^(٢) النساء: ١٢٨

^(٣) ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ النساء: ٣٥

^(٤) سورة النساء: ٣٥

ب- ان يكون الحكماء عادلين خبيرين بشؤون العائلة ومشاكلها.

ج- ان يكونا من اقارب الزوجين ان امكن، فإن لم يكن لهما اهل، او كان ولم يكن فيهم من يصلح لذلك لعدم الخبرة او العدالة او غير ذلك، فيُستحب ان يكونا جارين^(١)، وحكمة اشتراط كون الحكمين من الاهل هي سعة إطلاعهما على مشاكل الزوجين، وحرصهما على سمعة الاسرتين ووفرة شفقتهما على الاولاد، وتوقع نجاح مهمتهما غالباً.

د- ان يكونا محايدين تكون غايتهما هي اصلاح دون تمييز وتفرق وانحياز.

هـ- ان يجمع الحكماء مع الزوجين في جو من الهدوء بعيداً عن الانفعالات النفسية، والترسبات الشعورية، والملابسات المعيشية، وغيرها من الاسباب الموجبة لتدكير صفوة الحياة الزوجية.

و- ان يرفعا تقريراً صادقاً اميناً نزيهاً متضمناً للأسباب الحقيقية لخلاف وشقاق الزوجين، محددتين فيه الجهة المقصرة منهما.

وسياتي بيان مدى القوة الالزامية لتقدير الحكمين عند بحثنا موضوع التفرق القضائي ان شاء الله.

واذا فشلت هذه الخطوات الخمس فعندئذ يتضح ان هناك ما لا يدع الحياة الزوجية تستقيم وتستقر، ففي هذه الحالة من الحكمة الخضوع للواقع المر، للطلاق البغيض على كره من الإسلام فان الطلاق ابغض الحلال الى الله.

الخطوة السادسة: الطلاق للمرة الاولى

عند قيام الضرورة الملحة يسمح الإسلام باللجوء الى الطلاق الذي حُدد بثلاث مرات في قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾^(٢) أي الطلاق الذي يحوز بعده استئناف الحياة الزوجية بالرجعة في الطلاق الرجعي وبعقد ومهر جديدين في الطلاق

^(١) ينظر احكام القرآن لابن العربي (ابي بكر محمد بن عبدالله) تحقيق علي محمد البجاوي، الطبعة الثانية.

عيسى البابي الحلبي ٤٢٤/١

^(٢) ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَجُلُ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَتْكُمْوهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ البقرة : ٢٢٩

البائن، ففي حالتي الرجعة والعقد الجديد ليس لوليها الاعتراض، لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ قَبْلَ أَنْ أَجْلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾.^(١)
وقد ذهب كثير من الفقهاء والمفسرين الى ان المقصود هو ان الطلاق الرجعي مرتان فبعد كل مرة (إِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ) ارجاع الزوجة بدون عقد، (أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ) ترك المطلقة دون رجعة لتبين بانتضاء العدة.

ومع تقديريري العظيم لمكانة هؤلاء العلماء الكرام، فإن كلامهم هذا يخالف لظاهر النص المذكور للأسباب الآتية:

١. لفظ (تسريح) في اصطلاح القرآن الكريم لا يعني سوى الطلاق بدليل ما ورد في سورة الاحزاب الآية (٢٨): ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأَزْوَاجَكُمْ إِن كُنْتُمْ تُرِيدُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾.

والاية (٤٩): ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾.

٢. ولا يتصور ان يُفسر السراح في هذين النصين بالترك حتى تنقضي العدة. وبصورة خاصة في النص الثاني الطلاق بائن، لأنه قبل الدخول، ومن الواضح ان القرآن يُفسر بعضه بعضا.

٣. استقر رأي جمهور الفقهاء المسلمين على ان الطلاق والسراح والفراق ومشتقاتها من الصيغ الصريحة للطلاق.

٤. التسريح عمل ايجابي صادر من الإنسان بارادته المنفردة، والترك عمل سلبي فلا يجوز ان يُفسر الاول بالثاني.

٥. فاذا كان المقصود من (الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ) هو الطلاق الرجعي، فأين حكم البائن وما الحكم اذا كان الطلاق الاول قبل الدخول؟

٦. يقول القرطبي (قال ابو عمر: واجمع العلماء على ان قوله تعالى: (أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ) هي الطلقة الثالثة بعد الطلقتين^(٢) وايها عني بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾.

^(١) ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ قَبْلَ أَنْ أَجْلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ (البقرة: ٢٣٢)

^(٢) أحكام القرآن لابي عبد الله محمد بن احمد الانصاري القرطبي، الطبعة الثالثة ١٢٧/٣

٧. ويقول ايضا: (وعن ابي رزين قال: جاء رجل الى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله أرأيت قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيْعٍ بِإِحْسَانٍ﴾ فأين الثالثة؟ فقال رسول ﷺ: ((إِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيْعٍ بِإِحْسَانٍ)).^(١)

٨. وجاء ما يؤيد ذلك ايضا في احكام القرآن للجصاص،^(٢) واحكام القران لابن العربي.^(٣)

اذن قوله تعالى: (أَوْ تَسْرِيْعٍ بِإِحْسَانٍ) حقيقة في التطبيق الثالث ولا توجد قرينة لصرفه عن هذا المعنى الحقيقي. وان قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ بيان للحكم الذي يترتب على الطلقة الثالثة دون ذاتها. وهذا الحكم هو انها لا تحل للزوج الاول حتى تتزوج اخر يدخل بها دخولا شرعيا فاذا افتراقا بموت او طلاق او تفريق قضائي وانتهت عدتها فعندئذ يجوز ان يتزوجها الزوج الاول ان رغب في ذلك.

٩. (أ) في (الطلاق مرتان) إذا كانت للمهد الذكري ترجع الى الطلاق الرجعي بالمفهوم الجاهلي الذي يشمل الرجعي والباطن بالمفهوم الإسلامي، لأنه كان عبارة عن كل طلاق لم تنته عدته سواء كان بعوض أو بدونه وسواء كان لمرة واحدة أو اثنتين أو ثلاث أو أكثر، ثم ان الطلاق الرجعي بالمفهوم الإسلامي لم يكن موجودا حين نزول هذه الآية.^(٤)

التزامات المطلق حين الطلاق

إذا سمح الإسلام للزوج باللجوء الى الطلاق كعلاج أخير، فانه لم يدعه أن يتصرف في هذا الحق متى وكيف شاء، بل ألزمه بالتقيد بما يلي:

أولا: التفريق بين الطلقات الثلاث وتوزيعها على ثلاث مرات.

وهذا ما ينص عليه قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيْعٍ بِإِحْسَانٍ﴾.

(١) عمدة القارى بشرح صحيح البخاري ٢/٢٣٤

(٢) الامام ابو بكر احمد بن علي الرازي الجصاص، احكام القران تحقيق محمد صادق قمحاوي نشر دار

المصنف القاهرة ٨١/٢

(٣) المرجع السابق ١/١٩١

(٤) ينظر مؤلفنا الطلاق مرتان في تفاسير القرآن، ص ١٤

يقول الجصاص: قال تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾ وذلك يقتضي التفريق لا محالة، لأنه لو طلق اثنتين معاً، لما جاز أن يُقال طَلَّقَهَا مَرَّتَيْنِ، وكذلك لو دفع رجل درهمين لم يحز أن يُقال أعطاه مَرَّتَيْنِ حتى يفرق الدفع فحينئذ يُطلق عليه^(١).

ويقول أيضاً: (فإن معناه الأمر)، وكل أمرٍ للوجوب. وسيأتي تفصيل هذا الموضوع عند البحث عن الطلاق المقتن بالعدد.

ثانياً: التوقيت:

على الزوج أن يتقيد في طلاقه بالوقت المحدد له في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾^(٢) خطاب لنبيه في هذه الآية لإشارة الاهتمام وتصوير الجدية.

ووقت عدتهن حددته السنة النبوية بما عدا الاوقات التالية:

- أ- وقت الحيض: فلا يجوز طلاق الزوجة إذا كانت حائضاً.
- ب- وقت النفاس: ولا يجوز الطلاق إذا كانت نفساء.
- ج- وقت طهرٍ عاشرها فيه: فلا يجوز الطلاق فيه لاحتمال تكون الحمل قد يؤدي إلى الندم في وقت لا يفيد الندم.^(٣)

ثالثاً: عدم إخراجهن من بيت الزوجية

إذا لم يكن الطلاق للمرة الثالثة حتى تنقضي عدتها، ويؤمن لها ما تحتاجه ما دامت في العدة من مطعم وملبس ومشرب ومسكن، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ تَعَدَّ

(١) أحكام القرآن للجصاص المرجع السابق ٧٣/٢، ٧٤

(٢) ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَذَرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثَ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ الطلاق: ١

(٣) لمزيد من التفصيل: راجع فتح الباري يشرح صحيح البخاري المرجع السابق ٣٤٥/٩ كتاب الطلاق باب قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾ ويراجع زاد المعاد في هدي خير العباد محمد خاتم النبيين وإمام المرسلين للأمام العلامة ابن القيم الجوزية ٤٣/٤ وما بعدها تحت عنوان (حكم رسول الله ﷺ في تحريم طلاق الحائض والنفساء والموطوءة في طهرها وتحريم انيقاح الثلاث جملة) - المدونة الكبرى في الفقه المالكي ١٠٤/٥ - المجلس في الفقه الظاهري ١٦٤/١٠ -

حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَذَرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا^(١).

وفي الأمر بتقوى الله قبل الأمر بعدم إخراجهن تهديد موجه إلى الأزواج وكذلك في (تلك حُدُودَ اللَّهِ) ثم تعبير (مِنْ يُّؤْتِيهِنَّ) لتوكيد حقهن في الإقامة بها فترة العدة. وفي الفقرة الأخيرة (لَا تَذَرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا)، تعليل لعدم إخراجهن، وذلك لإتاحة الفرصة للرجعة، واستئناف عواطف الحب والمودة والوئام بالتفكير في نتائج الاقتراح وذكريات الحياة المشتركة، حيث تكون الزوجة بعيدة بحكم الطلاق قريبة من العين، وخلال فترة العدة له الحق أن يراجعها بدون عقد جديد بالفعل والقول عند بعض الفقهاء. وبالقول فقط (كراجعتك) عند الآخرين وبالفعل كالعاشرة مع نية الإرجاع. وإذا انتهت العدة لا يحق له إعادتها إلا بعقد جديد.

رابعاً: الإشهاد على الطلاق والرجعة

فعلى الزوج أن يطلق بحضور شاهدين وإن يراجع زوجته أمام شاهدين، حتى يكون بعيداً عن موضع التهم. والإشهاد في هاتين الحالتين نصّ عليه القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾^(٢) والأمر بحضور شاهدين عادلين للوجوب لأن الوجوب هو مقتضى أمر الله ما لم يقم دليل على خلاف ذلك. وحمل الأمر على الإرشاد خطأ لا يفتقر لأنه حقيقة في الوجوب ولا يُصرف عنه إلا بقرينة وهي لا توجد.

خامساً: عدم إكراه الزوجة على أن ترد إليه شيئاً من الصداق ونفقة انفقها أثناء الحياة الزوجية في مقابل تسريع الزوجة إذا لم تصلح حياته معها. لكن إذا دفعت شيئاً من ذلك برضاها للزوج مقابل الطلاق لأنها تكرهه وتريد التخلص منه مهما كلف الثمن، فلا بأس من ذلك. ويُسمى هذا الطلاق في اصطلاح الفقهاء (الخلع).

قال سبحانه وتعالى بعد قوله: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكِ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ

(١) (الطلاق: ١)

(٢) ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يَوْمَظُّ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجاً﴾ (الطلاق: ٢)

حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ^(١).

فهذا النص يدل على مدى حرص الإسلام على حماية المرأة من الظلم الذي قد تتعرض له حين الطلاق، وإذا أستنفا الحياة الزوجية بعد الطلاق الاول ثم رجع الخلاف والشقاق وسوء التفاهم، فعلى الزوج ان يتبع الخطوات الخمس التي سبقت الطلاق الأول بنفس الترتيب، وإذا فشلت المحاولات يحوز للزوج التطليق مرة ثانية.

الخطوة السابعة : التطليق مرة ثانية :

على الزوج في هذه المرة أيضا ان يُراعي جميع القيود التي فُرضت على إرادته في الطلاق الاول من تفريق وتوقيت وإشهاد وعدم اخراج الزوجة، إذا كان الطلاق رجعياً حتى تنقضي عدتها.

وإذا عادا الى حياتهما الزوجية بعد الطلاق الثاني، إما بالرجعة عندما يكون الطلاق رجعياً، ويعقد جديد حين يكون بائناً، ثم رجعا الى نفس المأساة فعلى الزوج ايضا إتباع الخطوات الخمس الاولى، فإذا لم يجد نفعاً فله اللجوء الى الطلقة الأخيرة.

الخطوة الثامنة : التطليق مرة ثالثة :

وقد تم بحث ما يترتب على هذه المرحلة الأخيرة في المبحث الثاني.

(١) «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمُ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْنَاهُمْ مِنْ شَيْءٍ إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ» البقرة: ٢٢٩

بخصوص وجوب الاشهاد راجع التفسير الكبير للامام فخر الرازي ٤٣/٢ واحكام القران للقرطبي المرجع السابق، وتفسير الطبري ١٣٧/٢٨



الفصل الثاني

عناصر الطلاق

عناصر كل مصطلح ما يتوقف عليه هذا المصطلح، فإن كان جزءاً من ماهيته يُسمى رُكناً وإلا فيُسمى شرطاً. وبناءً على هذا الأساس يكون أركان الطلاق ثلاثة عند جمهور فقهاء الشريعة: المطلق، والمطلقة، والصيغة. وأضاف إليها فقهاء الإمامية ركناً رابعاً وهو حضور شاهدين.^(١) وهذا الركن أمر به القرآن أمر وجوب في قوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾. ولزيادة الايضاح نوزع دراسة هذه الأركان على ثلاثة مباحث، يُخصص الأول للمطلق والثاني للمطلقة والثالث للصيغة.



^(١) الروضة البهية واللمعة الدمشقية ١٤٧/٢.

المبحث الاول المُطْلَق

ذكرنا في الفصل السابق الاصل أن يكون التطلق من الزوج، لكن قد تتولاه الزوجة والقضاء..

شروط المطلق: اتفق فقهاء الشريعة على صحة الطلاق من البالغ العاقل المختار الواعي وعلى عدم صحته من عديم الاهلية كالمجنون والصبي غير المميز ومن في حكمهما، واختلفوا في حكم طلاق المكره والسكران والغضبان والهازل والسفيه والمخطئ والصبي المميز والمريض مرض الموت.

ومنشأ هذا الاختلاف في المكره والسكران والغضبان والهازل والمخطئ هو الاختلاف في اعتبار القصد، هل هو شرط من شروط صحة الطلاق، وإن أتى المطلق بصيغة صريحة أو لا. فمن ذهب الى عدّه عنصراً مطلقاً قال بعدم الوقوع من يتصف بإحدى الصفات المذكورة.^(١) وفيما يأتي الرأي الراجح:

اولاً - طلاق المكره :

الإكراه هو حمل شخص عن طريق التهديد على أن يقوم بعمل لا يرضاه والراجع ان طلاق المكره لا يقع للأدلة الآتية :

أ- اقوال الرسول ﷺ ومنها (لا طلاق في إغلاق)^(٢) وقوله (ان الله وضع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه).^(٣)

ب- القياس على إسلام المكره، فكما لا يصح اسلام المرء تحت ضغط الاكراه والإسلام من المصالح النافعة نفعاً محضاً، كذلك لا يقع طلاق المكره من باب أولى وهو من الاعمال المضارة ضرراً محضاً.^(٤)

(١) لمزيد من التفصيل يراجع مؤلفنا مدى سلطان الارادة في الطلاق ٢٢٦/٢.

(٢) سنن أبي داود بحاشية عون المعبود ٢٢٥/٢ .

(٣) رواه ابن ماجه برقم (٢٠٤٥) وابن حبان برقم (١٤٩٨) .

(٤) شرح الغرشي في الفقه المالكي ٣٤/٤ وما يليها : المذهب في الفقه الشافعي لأبي اسحاق الشبراني (١٥٠/٢ . شرائع الاسلام في فقه الامامية للمحقق الحلبي ٥٣/٢ . المغني لابن قدامة ١١٨/٧ . التاج

ثانياً- طلاق السكران :

وهو من يحدث الخلل في توازن عقله بسبب ما يتعاطاه من المسكرات أو المخدرات بحيث لا يُقدر نتائج ما يصدر عنه من قول أو فعل.

والراجع ان طلاقه لا يقع للدالة الآتية:

- أ- ليس له قصد صحيح وايقاع الطلاق يعتمد عليه.
- ب- القياس على المجنون والصبي بجامع عدم القصد.
- ج- غفلته عن نفسه فوق غفلة النائم، لأن النائم ينتبه اذا نُبه بخلاف السكران.
- د- زوال عقله بسبب معصيته لا اثر له، كما لا أثر له في رده.
- هـ- قول بعض الفقهاء ^(١) بوقوع طلاقه تغليظاً عليه لمصيانته يُرد بأن عقوبة جريمة تعاطي المسكرات متعددة بشانين جلدة ولا يجوز شرعاً وقانوناً ان يُعاقب الإنسان على جريمة واحدة مرتين.
- هذا من جهة ومن جهة أخرى لا يجوز ان يمتد العقاب الى غير الجاني، وعقاب وقوع الطلاق تمتد اثاره السيئة الى الزوجة البرينة والاولاد الابرياء.

ثالثاً - طلاق الغضبان :

الغضب صفة نفسية قائمة بنفس الإنسان تترتب عليه الاثار المشروعة وغير المشروعة . وللغضب ثلاث درجات :

- ١- غضب يؤدي الى اختلال التوازن وفقدان السيطرة على الارادة، فهذا الغضبان لا يُحكم بوقوع طلاقه لقول الرسول ﷺ (لا طلاق في اغلاق).
- وفسر كثير من فقهاء الصحابة كعلي بن ابي طالب ؓ وابن عباس ؓ الاغلاق بالغضبان ^(٢) لأن الغضبان أغلق عليه باب القصد كالمكروه.

المذهب في الفقه الزيدي ١١٩/٢ . المحلى لابن حزم الظاهري ٢٠٣/٦ . جواهر النظام في الفقه الاباضي ٢٢٠/٢ .

^(١) كالشافعية مغني المحتاج ٢٢٩/٣ .

^(٢) ينظر اعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٥٢/٣ وما يليها .

- ٢- درجة ادنى بحيث يبقى مسيطراً على تفكيره وارادته ويعرف ما يترتب على قوله، والغضبان بهذه الدرجة يجب ان يُقال بوقوع طلاقه لأن الإنسان لا يُطلق زوجته في حالة اعتيادية بعيدة عن الغضب وتوتر الاعصاب الا نادراً.
- ٣- درجة متوسطة بين الاولى والثانية، فالحكم يُترك لسلطة القاضي والمفتي التقديرية مع اخذ ظروف المطلق بنظر الاعتبار.

رابعاً- طلاق الهازل :

- الهزل هو الكلام الذي لم يُقصد به معناه الحقيقي والمقصود هنا هو استعمال صيغة الطلاق هازلاً من غير إرادة إنهاء علاقة الزوجية.
- من قال بوقوع طلاقه ^(١) استند الى الادلة الآتية:
- أ- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا﴾ ^(٢) والهازل يقع طلاقه عقاباً وتغليظاً عليه لأنه يستخف بآيات الله وحكمه.
- ب- قول الرسول ﷺ (ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة). ^(٣)
- ج- مباشرة الاسباب من كسب الإنسان المختار وترتب الاثار من خلق الله والهازل يباشر السبب (صيغة الطلاق).
- مناقشة هذه الادلة :

- ١- الآية لا يُفهم منها سوى النهي عن الهزل في احكام الله وهي لا تدل على ان الهازل إذا باشر السبب هزلاً تترتب عليه الاثار.
- ٢- الحديث طعن فيه المحدثون وقد قال الترمذي في اسناده عبدالرحمن بن ازوك بن حبيب وهو مختلف فيه ومنكر الحديث. ^(٤)
- ٣- لا يجوز قياس الهزل على الكره والسكر ونحوهما، لأن الهازل يقصد اللفظ والمعنى قصداً هزلياً لا جدياً.

(١) كالمذاهب الاربعة في الفقه السني .

(٢) سورة البقرة / ٢٣١ .

(٣) صحيح البخاري يشرح عمدة القارئ ٢/ ٢٥١ .

(٤) عمدة القارئ المرجع السابق ، المجلد ١٠/ ٢٤٠ وفيه الحديث موضوع . الدرر البهية ٢/ ٦٩ وفيه في اسناده عبد الرحمن وهو مختلف فيه .

٤- اللعب أو الهزل أو المزاح في حقوق الله غير جائز وبالتالي لا يترتب عليه الاثر الشرعي.

موقف القانون من طلاق الاشخاص المذكورين:

نصت المادة (٣٥) من قانون الأحوال الشخصية العراقي القائم على انه (لا يقع طلاق الاشخاص الآتي بيانهم :

- ١- السكران والمجنون والمعتوه والمكره ومن كان فاقد التمييز من غضب او مصيبة مفاجئة او كبر او مرض .
- ٢- المريض في مرض الموت او في حالة يغلب في مثلها الهلاك اذا مات في ذلك المرض او تلك الحالة وترثه زوجته.

ويلاحظ على الفقرة الثانية من هذه المادة ما يلي:

- ١- القول بعدم وقوع طلاق المريض مرض الموت وهو لم يفقد تمييزه وإدراكه ووعيه مخالف لإجماع فقهاء الشريعة الإسلامية وقوانين جميع الدول الإسلامية.
- ٢- اذا كان عدم وقوع الطلاق لكون الزوج المريض فاقد التمييز بسبب مرضه يكون تكراراً مع ما ورد في الفقرة (١) من هذه المادة من ان فاقد التمييز لمرض لا يقع طلاقه.
- ٣- اذا كان الحكم بعدم وقوع طلاق المريض مرض الموت لحماية حقوق المرأة، فالإسلام اعطاها جميع الحقوق بضمنها الميراث رغم وقوع الطلاق بائناً.
- ٤- كيف يعلم القاضي ان المريض مرض الموت يموت في هذا المرض مع ان الله قادر على شفائه، ففي هذه الحالة تبقى الزوجة بين الزوجية واللازوجية الى ان يُعرف مصير الزوج.

- ٥- اذا كان المريض مرض الموت لا يقع طلاقه فما هي فائدة عبارة (وترثه زوجته).
- ٦- يُؤخذ من عموم النص المذكور ان الطلاق لا يقع ولو كان بتقصير من الزوجة او بطلب منها وهذا خطأ لم يقل به احد من الفقهاء.

ولكل ما ذكرنا لم يكن المشرع العراقي موفقاً ومُصيباً في موضوع طلاق المريض مرض

الموت.

خامساً- الطلاق من الوكيل؛

قال جمهور فقهاء الشريعة الزوج الذي تتوافر فيه شروط التطبيق كما يجوز أن يتولاه بنفسه له أن يوكل من ينوب عنه أن يطلق زوجته.^(١)

وقال الظاهرية لا يجوز الطلاق بالتوكيل لأنه لم يثبت بنص ولا بعمل السلف من الصحابة والتابعين، ولأن القرآن كلما ذكر الطلاق خاطب به الأزواج.^(٢)

وبهذا الرأي أخذ القانون العراقي^(٣) حيث نصت المادة (٢/٣٤) على أنه (لا يُعتمد بالوكالة في إجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم وفي إيقاع الطلاق).

وأرى أن الراجح ما ذهب إليه فقهاء الامامية من أن الزوج إذا كان غائباً ولم يتمكن من الحضور، يجوز له التوكيل في الطلاق^(٤) وذلك رعاية لعذر الضرورة.

سادساً- الطلاق من ولي القاصر؛

اختلف في صحته الفقهاء والراجح أن الولي بالولاية الخاصة لا يحق له أن يطلق زوجة القاصر الذي تمت ولايته صغيراً كان أو مجنوناً أو من في حكمهما، وهذا الرأي هو ما استقر عليه فقهاء الحنفية^(٥) والشافعية^(٦) والحنابلة في رواية^(٧) والزيدية^(٨) والظاهرية.^(٩)

وفي مثل هذه الحالات يكون التطبيق من القضاء بطلب من الولي لأنه أضبط وأضمن لحقوق الزوجين.

(١) ينظر شرح فتح القدير ٤٩٤/٣. الشرح الصغير مع ماشية الصاوي ٤٣٦/٢.

(٢) المعلى لابن حزم الظاهري ١٩٦/١٠.

(٣) رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.

(٤) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ١٤٨/٢.

(٥) المبسوط للمرخسي ١٧٨/٦.

(٦) المهذب ٧١/٢.

(٧) المغني والشرح الكبير ٨٧/٧.

(٨) البحر الزخار ١٦٥/٤.

(٩) المعلى ١٩٦/١٠.

المبحث الثاني

المطلقة

المطلقة ركن ثان من أركان الطلاق ويشترط في هذا الركن توافر الشروط الآتية:
أولاً: ان تكون الزوجة تحت عصمة الزوج حقيقة كالزوجة قبل الطلاق والوفاء والفسخ والتفريق القضائي.

ثانياً: ان لا تكون حائضاً بأن لا يُصادف الطلاق وقت الحيض.

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على ان الطلاق أثناء كون الزوجة في الحيض بدون مير بدعة سيئة وحرام إن كانت الزوجة مدخولاً بها، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾^(١)، والمحطاب موجه الى امه محمد ﷺ، والسلام في (لعدتهن) للتوقيت أي في وقت تبدأ عدة المطلقة مباشرة بعد وقوع الطلاق بأن تكون في طهر لم يمسه فيها، وحكمة هذا التوقيت امران:

أحدهما: انه اثبت العلم الحديث ان المرأة عندما تدخل في دورتها الشهرية (الحيض) لا تكون طبيعية مسيطرة على ضبط اعصابها ولذا اعتبر علماء القانون الجنائي هذه العادة الشهرية ظرفاً مخففاً للعقوبة اذا ارتكبت في هذه الحالة جريمة وبناء على ذلك يكون ظرف الحيض عاملاً مساعداً على الخلاف والشقاق بين الزوجين أثناء مدة الحيض.

وقد أمر القرآن الكريم بذلك قبل الاكتشافات العلمية ونهى عن الطلاق في الحيض نهياً مستفاداً من الامر الوارد في الآية المذكورة،^(٢) والسبب الثاني ان المرأة المطلقة في الحيض لا تعتبر مدة حيضها جزءاً من العدة، فعليها ان تبدأ بها بعد انتهاء الحيض والدخول في الطهر وهذا يكون مضرّاً بالنسبة إليها.

(١) الطلاق: ١

(٢) ينظر مؤلفنا موانع المسؤولية الجزائية في الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائية العربية ص ٦١

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم طلاق الحائض:
فمنهم من قال بوقوع طلاقها رغم كونه بدعة ومخالفاً لأمر الله: ﴿فَطَلَّوْهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾^(١) كالحنفية^(٢) على أساس ان النهي المستفاد من الأمر ليس لذات المنهي عنه وإنما لغيره وهو ضرر الزوجة فلا يقتضي الفساد، ويتفق معهم الشافعية^(٣) والحنابلة^(٤).
ومنهم من قال لا يقع طلاق الحائض لأن النهي المستفاد من الأمر يقتضي فساد المنهي عنه وبالتالي لا يقع الطلاق، كالشيعة الإمامية^(٥) فقالوا يجب ان يُطلقها في طهر لم يجامعها فيه، لكن قالوا هذا الشرط غير مطلوب بالنسبة لزوجة لم تدخل سن الحيض، واليائسة التي قعدت عن الحيض، والحامل المستبين حملها، والتي طلقها زوجها وهو غائب عنها.

وقال الظاهرية^(٥) من أراد طلاق زوجته التي دخل بها لم يحل له ان يطلقها في حيضها ولا في طهر جامعها فيه، فإن طلقها في طهر وطنها فيه أو في حيضها لم ينفذ ذلك الطلاق وهي زوجته كما كانت الا إذا كان الطلاق باننا بينونة كبرى، فعندئذ يقع ويلزم.

والراجح عند الشيعة الزيدية عدم الوقوع^(٦) لقوله تعالى: ﴿فَطَلَّوْهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾. وذهب المالكية^(٧) الى ان الطلاق يقع لكن يستطيع ارجاعها أثناء العدة وبغيره القاضي على الارجاع، فإذا ابى يهدده بالسجن، فإن لم يرجعها ناب القاضي منابه وحكم بإرجاعها جبراً عليه للآية المذكورة، ولقول الرسول ﷺ لعمر بن الخطاب رضي الله عنه حين طلق ابنه عبدالله زوجته وهي حائض: (مره فليراجعها).^(٨)

والراجح من وجهة نظرنا هو الرأي الأخير الذي اخذ به فقهاء المالكية وهو رأي بعض الحنفية ورواية للإمام احمد بن حنبل، لأن الأخذ بهذا الرأي جمع بين الآراء السابقة

(١) شرح فتح القدير ٣/٣٣.

(٢) نهاية المحتاج ٥/٦.

(٣) الانصاف للمرداوي ٨/٤٥٠.

(٤) رياض المسائل في بيان الاحكام بالدلائل كتاب الطلاق. مستدرك الوسائل ٣/٦٧.

(٥) المحلى ١٦/١٠.

(٦) الروضة الندية ٤٨/٢ ومايابه.

(٧) المدونه الكبرى / ٥/٢١١٠ شرح الخرشي ٢٩/٢٩.

(٨) نيل الاوطار ٦/٢٢١.

فيقع الطلاق من حيث الاصل كما هو رأي اكثر الفقهاء ولا يقع من حيث المآل كما هو رأي البعض.

بالاضافة الى ذلك فان هذا الرأي يعطي المجال للزوج ان يطلق زوجته في طهر لم يعاشرها فيه^(١) إذا كان له مبرر دون ان تنتظر الزوجة، فالأخذ بهذا الرأي يجمع بين مصلحة الزوج ومصلحة الزوجة.

ثالثاً: يشترط ان تكون الزوجة أهلاً للتبرع إذا كان الطلاق بمقابل ومن الواضح ان الله سبحانه وتعالى كما اجاز الطلاق بدون مقابل كذلك اجازهُ بمقابل (عوض) يتفق عليه الزوجان الذي يُسمى في اصطلاح الفقهاء (خُلْعاً) إذا كان في ذلك صلاحهما ومظنة لعدم الوفاء بالحقوق والالتزامات الزوجية، فقال سبحانه وتعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمُ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ^(٢) شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ^(٣) فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ^(٤) بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ^(٥)﴾.

ويجوز ان يكون هذا العوض مهر الزوجة بكامله سواء استلمته من الزوج او كان مؤجلاً، لما رواه ابن عباس رضي الله عنه من ان امرأة ثابت بن قيس قالت: يارسول الله ثابت بن قيس لا اعيب عليه في خُلُق ولا دين ولكن اكراه الكفر^(٦) بعد الدخول في الإسلام، فقال رسول الله ﷺ: أترددين عليه حديثه؟ قالت "نعم"، قال: أقبل الحديقة وطلقها طلقة واحدة.^(٧) ويؤخذ من الآية المذكورة ومن هذا الحديث الشريف ان الخُلْع لا يجوز ما لم يكن بين الزوجين خلاف يُبرره. ووجه اشتراط اهلية التبرع للزوجة إذا كان العوض من مالها هو ان الطلاق المقابل له ليس بمال، لذا يُعد العوض تبرعاً منها ويشترط لصحة

(١) وحكمه قيد عدم معاشرتها في طهر يطلقها فيه هو استبعاد الندم الذي قد يحصل في المستقبل بالنسبة للزوجين إذا تكون من هذه المعاشرة ولد.

(٢) أي مهودهن

(٣) أي الحقوق والالتزامات الزوجية

(٤) أي مال يكون مهراً كله او بعض أو يكون غيره.

(٥) سورة البقرة / ٢٢٩

(٦) أي كفران التقصير فيما يجب له عليها.

(٧) أخرجه البخاري وابو داؤد والنسائي وهو حديث متفق عليه - نيل الاوطار - ٦ / ٧٦

التبرع كمال اهلية المتبرع.^(١)

رابعاً: ان لا تكون في عدة طلاق سابق لقول تعالى: ﴿فَطَلَّوْهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ إلا في وقت تبدأ عدة هذا الطلاق والعدة لا تبدأ حين قيامها لانه تحصيل الحاصل وهو محال باتفاق الفقهاء..

خامساً: يشترط في المطلقة ان لا تكون مريضة مرض الموت لما في هذا الخلع التفصيل الاتي عند الفقهاء:

أ. ذهب البعض^(٢) الى انه إذا كانت الزوجة مريضة وخالعهها زوجها من مالها فان ماتت في مرضها فللزوجة الاقل من ماله منها وبذل الخلع وثلث المال (التركة).
ب. وقال البعض^(٣) إذا اختلعت المريضة وهو صحيح بجميع مالها، قال الامام مالك لم يجوز ويقع الطلاق بدون مقابل ولا يرثها على أساس ان الطلاق بائن وبه قال جمهور المالكية.

جـ. وقال البعض^(٤) تسري على ما تلتزم المريضة بدفعه للزوج مقابل الطلاق أحكام الوصية، لأنه تبرع لا يوجد له مقابل مالي فالزائد عن ثلث تركتها يكون باطلاً.
د. وقال البعض^(٥) للزوج الاقل من بدل ومن ماله منها.

هـ. ولم يفرق الآخرون^(٦) بين حالتي المرض والصحة لعموم قوله تعالى في الآية المذكورة التي هي مصدر لمشروعية الخلع، فلا يوجد فيها ما يشير الى الفرق بين خلع المريضة وخلع الصحيحة.

والراجع في نظرنا هو هذا الرأي الاخير لان الطلاق المقابل للموض الذي تلتزم به الزوجة لزوجها رغم انه ليس بمال الا انه شي ذو أهمية بالنسبة اليها لما اقدمت على الالتزام بالمقابل. وجدير بالذكر ان المقابل كما يكون مالا قد يكون عملاً كالطلاق مقابل ان تتولى الزوجة المطلقة حضانة وتربية اولادها على نفقتها.

(١) لمزيد من التفصيل يراجع مؤلفنا المرجع السابق ٢ / ٣٢٤ وما يليها.

(٢) كالعنفية ينظر البحر الرائق للزيلعي ٤ / ٨.

(٣) كالمالكية ينظر شرح الخرشني ٤ / ٢٠.

(٤) كالشافعية المذهب ٢ / ٧٤ وتتفق الزيدية مع الشافعية التاج المذهب ٢ / ١٩١.

(٥) كالحنبلة الانصاف للمرادوي ٨ / ٤١٩.

(٦) كالامامية الخلاف للطوسي ٢ / ٢٢٢ والظاهرية المحلى ١٠ / ٢٣٥ وما يليها.

والملتزم بدفع المقابل للطلاق لا يشترط ان يكون الزوجة في جميع الأحوال بل يجوز ان يكون شخصاً اخر كالولي وكمن يرغب في زواج المختلعة بعد الطلاق وانتهاء عدتها. وفي هذه الحالة لا تُشترط اهلية الزوجة للتبرع فيجوز ان تكون سفيهة أو صغيرة أو مجنونة ما دام العوض ليس من مالها وما دام الطلاق (الخلع) لمصلحتها حسب ما يراه الولي او القاضي. وفي حالة كون المختلعة هي المزممة بدفع المقابل للزوج يشترط ان تكون بالغه عاقلة عتارة واعية مقدرة لنتائج عملها من الاقدام على الخلع من مالها او من عملها.

تكييف الخلع:

اختلف فقهاء الشريعة في التكييف الفقهي للخلع هل هو طلاق او فسخ، وإذا كان طلاقاً هل هو بائن او رجعي على التفصيل الآتي:-

قال الحنفية الخلع طلاق بائن^(١) بدليل ان القرآن بين ان الطلاق يكون بعوض وبدونه والطلاق بعوض ليس طلاقاً مستقلاً حتى يكون رابعاً كما سبق في اية الافتداء ويتفق معهم المالكية^(٢) والامامية^(٣).

وللشافعية ثلاثة آراء^(٤): رأي يقع رجعياً وهو مذهب الظاهرية^(٥) فعلى الزوج رد العوض لأن المال والرجعية متنافيان فيستقطبان فيبقى الطلاق على أصله وهو كونه رجعياً. وفي رأي ثانٍ لا يقع الطلاق إذا كان بدل الخلع الإبراء من مهرها أو دينها، لأنه لا سبيل لوقوع الخلع إلا بصحة الإبراء وصحتها تستلزم البينونة وفي رأي ثالث يقع بائناً. وثمرة الخلاف ان الطلاق اذا كان رجعياً للزوج حق الرجعة قبل انتهاء عدتها بخلاف ما اذا كان بائناً.

وإذا كُيِّف بأنه فسخ تنتهي عدتها بحيضة واحدة والفسخ لا ينقص عدد الطلقات الثلاث، فإذا خالعتها بعد تطليقها مرتين له ان يتزوجها بدون ان تتزوج زوجاً آخر.^(٦)

(١) المبسوط للسرخسي ٢٨٦ / ٦ وما يليها.

(٢) شرح الخرشي ١٢ / ٤ وما يليها.

(٣) الخلاف في الفقه للطوسي ٢ / ٢٦٥.

(٤) ينظر المذهب لابن اسحاق الشيرازي حول الآراء الثلاثة المذكورة.

(٥) المحلى ١٠ / ٢٣٠.

(٦) ينظر في هذا التفصيل تفسير القرطبي ١٤٤ / ٣ وما يليها.

والراجع هو ما ذهب اليه جمهور فقهاء الشريعة من تكييف الخلع بأنه طلاق بائن للأدلة الآتية:

- أ. مقتضى الافتداء هو ان يكون طلاقاً بائناً.
- ب. الباعث الدافع الى مشروعية الخلع غالباً هو رفع عدم اقامة حدود الله من الزوج او الزوجة او كليهما، والطلاق البائن يقطع باب صلاحية الزوج لرجعتها بارادته المنفردة ويمنع إعادة الماسة مرة أخرى.
- ج. الفسخ اما ان يعني الغاء العقد ورجوع الطرفين الى ما كانا عليه قبل قيام خلل في الزواج وهذا لا يتصور بالنسبة الى زواج قد تم خالياً من كل عيب يوجب الفسخ، واما ان يُقصد به الاقاله باستعادة كل من الطرفين ما قبضه من الآخر استعادة خالية من كل زيادة ونقص وهذا ما لم يشترطه احد الفقهاء بالنسبة للخلع.
- د. القول بأن الخلع لو اعتبر طلاقاً مستقلاً للزم ان تكون الطلقات التي يملكها الزوج اربعاً لا ثلاثاً مردود بان المقصود من قوله تعالى: (الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ) هو الطلاق الذي يحق للزوجين استئناف العلاقة الزوجية والطلاق الثالث مأخوذ من قوله تعالى: ﴿فَإِنْ سَأَلَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيعٍ بِإِحْسَانٍ﴾ أي او تطليق بمعروف. وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَقِيَمَا حَدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ يرجع الى الطلقات الثلاث أي ان الطلاق في كل مرة كما يكون بدون مقابل يجوز ان يكون بمقابل وعوض وهذا ما يسمى الخلع.
- وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ يبان لحكم الطلاق في المرة الثالثة و الأخيرة.

ومن الخطأ ان يظن بان الطلاق الثالث يؤخذ من هذه الآية ^(١).

موقف القانون من الخلع:

القانون العراقي القائم ^(٢) تناول بعض عناصر واحكام الخلع تحت عنوان (التفريق الاختياري) فنصت المادة (٣٩) على انه (يشترط لصحة الخلع ان يكون الزوج اهلاً لايقاع الطلاق وان تكون الزوجة حلاً له ويقع بالخلع - طلاق بائن) ونص القانون المغربي القائم (م

^(١) لمزيد من التفصيل يراجع مؤلفنا مدى سلطان الارادة في الطلاق المرجع السابق ٢ / ٣٤٦ وما يليها.

^(٢) للاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

٥) على أن الطلاق على مال طلاق بائن.

والقانون السوري (م ٩٥) اشترط سن الرشد للزوجة وأقرّ في (م ٩٦) حق الرجوع لكل من الطرفين قبل قبول الآخر.

والاردني (م ١٠٢) يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج اهلاً لايقاع الطلاق والمرأة محلاً له.

المفوضة بتطليق نفسها؛

سبق أن بيّنا أن الأصل في الطلاق هو أن يكون من الزوج، لكن استثناء من هذا الأصل قد يكون من الزوجة ومن القضاء، والتطليق من القاضي يأتي في الفصل الثالث لأسباب تجرّه.

أما من الزوجة فيكون بتفويض من الزوج حال انشاء الزواج أو بعده ولا يكون قبل ذلك. فقد أعطى الإسلام هذا الحق للزوجة بشرط مقتن بالزوج أو بعده وهو شرط جائز من وجهين:

أحدهما شرط مقتن بالزوج وليس شرطاً معلقاً عليه، لأن الثاني لا يصح لا في الزواج ولا في الطلاق.

والثاني أنه شرط لا يتعارض مع مقتضى العقد وليس للزوج حق التراجع عن هذا التفويض سواء كُيف بالتملك أو التوكيل، لأن الوكالة رغم أنها اتفاق غير مُلزم لكل من الموكل والوكيل، إلا أنها إذا تعلق بها حق للغير كما في هذه المسألة، لا يجوز للموكل عزل الوكيل لتعلق حق الزوجة بها، لكن يجوز للزوج أن يطلقها قبل أن تُطلق هي نفسها.

والطلاق من الزوجة كالطلاق من الزوج في العناصر والأحكام المذكورة ومنها أنه كما يكون باننا يكون رجعيّاً وللزوج مراجعة الزوجة قبل انتهاء عدتها.^(١)

موقف القانون من التفويض:

أقر القانون^(١) التفويض والتوكيل ونصّت المادة (١/٣٤) على أن (الطلاق رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو الزوجة إذا وكّلت به أو فوّضت أو من القاضي).

^(١) وجدير بالذكر أن التفويض كان معروفاً عند العرب قبل الإسلام وعادة كان هذا التفويض غالباً لزوجات ذات مكانة عالية فأقره الإسلام ونظمه وعممه لكل زوجة.

المبحث الثالث

صيغة الطلاق

الركن الثالث من أركان الطلاق بعد المطلق والمطلقة عبارة عن صيغة الطلاق لفظاً أو كتابةً أو إشارةً بالنسبة للعاجز عن التلفظ أو الكتابة وهي كل تعبير يدل صراحةً بحسب العرف الشرعي على قطع رابطة الزوجية. وقد اختلف فقهاء الشريعة بين مضيق وموسع في صيغة الطلاق، وفي ضوء هذا الاختلاف نتناول نطاقها واقتنائها بالعدد وتعليقها والحلف بها فيما يلي بإيجاز:

أولاً. نطاق الصيغة:

أ- حصر فقهاء الشيعة الإمامية صيغة الطلاق في دائرة ضيقة وهي أن تكون بتعبير (طالق) كأن يقول لزوجته أنت طالق أو هي طالق أو فلانة طالق.^(١) ويلاحظ على هذا الاتجاه أنه رغم كونه سبباً من أسباب قلة حوادث الطلاق وقيداً على إرادة الزوج في طلاق زوجته بهذه الصيغة دون غيرها، إلا أن فيه حرجاً بالنسبة لغير العرب من المسلمين وبأبي الإسلام هذا الحرج، كما قال سبحانه وتعالى: ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ﴾.^(٢)

ب- حصر فقهاء الظاهرية صيغ الطلاق في طلاق وفراق وسراح ومشتقاتها^(٣) وتقويم هذا الاتجاه يكون كتقويم رأي الإمامية.

ج- ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية^(٤) والشافعية^(٥) والحنابلة^(٦) والزيدية^(٧) والاباضية^(٨) وأكثر المالكية^(٩) إلى أن صيغة الطلاق كل لفظ صريح مطلق اقترن بالنية وقصد إيقاع الطلاق أولاً وكل كناية إذا اقترنت بنية إيقاع الطلاق.

(١) أي قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

(٢) الخلاف في الفقه للطوسي ٢٣١/٢ الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للعالم ١٤٧/٢

(٣) سورة المائدة ٦/

(٤) المحلى ١٨٥/١٠ وما يليها

(٥) المبسوط ٨٧/٦

ومعيار التمييز بين الصريح والكناية هو ان اللفظ اذا غلب استعماله في الطلاق حقيقة أو مجازاً، لغة أو عرفاً يكون صريحاً والا فكناية، ومن أمثلة الكناية قول الزوج لزوجته (أذهبى الى أهلِكَ) فلا يقع الطلاق بالكناية ما لم يقتن الصيغة بالنية.

د- صيغة الطلاق في اوسع حدودها:

ذهب بعض الفقهاء من المالكية ^(١) والشافعية ^(٢) الى الاتي:

اولا. وقوع الطلاق بلفظ لا صلة له بالطلاق إذا نوى به الطلاق، كأن يقول لزوجته (أسقى الماء) ويريد به الطلاق.

ثانيا. الطلاق بالحديث النفسي

أي ان الزوج إذا أنشاء الطلاق في ذهنه بكلامه النفسي يكون كأنشاء بلفظه رغم عدم التلفظ باللفظ إذا جزم عليه في قلبه.

تقرير هذه الآراء الفقهية:-

فالآراء المذكورة تتسم بالافراط والتفريط وهما مرفوضان في الشريعة الإسلامية والإسلام وسط في كل شئ بعيد عن التضيق المخرج وعن التوسيع المانع، قال تعالى: ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ﴾ ^(٣).

والذي يجب الأخذ به وفقا لروح الشريعة الإسلامية هو ما ذكرناه من كل تعبير صريح يدل عرفاً على قطع رابطة الزوجية، ففي هذه الحالة إذا ادعى الزوج أنه لم ينو بهذا التعبير الطلاق لا يُقبل منه قضاءً ما لم تكن هناك قرينة تزيده، لكن يُقبل منه ديانةً.

(١) المذهب ٨٢/٢

(٢) الانصاف للمرداوي / ٤٦٧/٨

(٣) التاج المذهب ١٢٠/٢

(٤) جوهر النظام في علمي الابيان والاحكام للمصالي ٢١٥/٢

(٥) ينظر حاشية الدسوقي / للشيخ محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير لابي البركات سيدي احمد

الدردير ٢٣٨/٢

(٦) المنتقى شرح موطا الامام مالك ١٦/٤

(٧) المذهب لابي اسحاق الشيرازي ٨٢/٢

(٨) سورة البقرة ١٤٣/

موقف القانون من صيغة الطلاق:

نص القانون العراقي للأحوال الشخصية القائم على انه (لا يقع الطلاق إلا بالصيغة المخصوصة له شرعاً) م٣٤م، والأردني (يقع الطلاق باللفظ أو الكتابة ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة) م٨٦م.

ثالثاً: صيغة الطلاق المقترن بالعدد:

سبق أن بينا أن القرآن الكريم حدّد إن يكون الطلاق الثلاث موزعاً على ثلاث دفعات في قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾^(١)، والمرة الثالثة عبارة عن (أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ)، فحكم المرتين هو إن للزوج استئناف رابطة الزوجية بالرجعة إذا كان الطلاق رجعياً وب عقد جديد إذا كان بائناً. وحكم المرة الثالثة بيّنه القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾، وقد بينا أحكام هذه المرات سابقاً.

لكن ما الحكم لو استعجل الزوج فطلقها ثلاثاً مرة واحدة في مجلس واحد؟ في هذا الحكم اختلف الفقهاء على أربعة آراء:

الرأي الأول: لا يقع شيء^(٢) لأنه مخالف لنص القرآن الكريم الأمر بالمرّات دون الأعداد والسنة النبوية، فيكون الطلاق بدعة سيئة والبدعة السيئة مردودة لقول الرسول ﷺ (من عمل عملاً ليس عليه امرنا فهو رد)^(٣).

وهذا الرأي مردود لأن العدد الزائد عن واحد بدعة فتبطل الزيادة وتقع طلاق واحدة. الرأي الثاني: التفريق بين الطلاق المدخول بها وغير المدخول بها، فمن قال لزوجته غير المدخول بها أنت طالق ثلاثاً يقع طلاق واحدة بلفظ (أنت طالق) ويُعد لفظ (ثلاثاً) لغواً^(٤).

(١) سورة البقرة/٢٢٩

(٢) ينظر مجموعة فتاوى ابن تيمية/٣٣/١٠٩ الروضة البهية للعاملي ١٤٨/٢.

(٣) بخاري ومسلم.

(٤) يقول العسقلاني في فتح الباري شرح صحيح البخاري ٣٦٣/٩: ووجب من قال بأن غير المدخول بها تبين إذا قال لها زوجها أنت طالق فإذا قال ثلاثاً لغا العدد لوقوعه بعد البينونة بسبب كون الطلاق قبل الدخول بائناً.

ويُرد هذا بأن تعبير (أنت طالق ثلاثاً) جملة واحدة يرتبط أجزاءها بعضها ببعض ولا يفصل لفظ (ثلاثاً) من (أنت طالق).

أما إذا كان بعد الدخول فيقع ثلاثاً على هذا الرأي ويأتي رده في الرأي الرابع. الرأي الثالث يقع ما أوقعه الزوج سواء كان مدخولاً بها أو غير مدخول بها واستدل بأدلة من السنة النبوية، علماً بأن كلها مردودة أو موضوعة وهي لا تدل على وقوع الطلاق الثلاث مرة واحدة، فلا مجال لاستعراضها ومناقشتها.^(١)

الرأي الرابع الطلاق المقتن بالعدد لا يقع به إلا طلقة واحدة للأدلة الآتية:

١. القرآن الكريم: أمر القرآن الكريم بتوزيع الطلاق على ثلاث مرات، على ألا تكون في مجلس واحد بنص صريح جلي لا يقبل الاجتهاد، ومن القواعد العامة أنه لا اجتهاد في مورد النص. قال تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِنْ سَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾. والقرآن نص صراحة على المرات ولا يجوز تفسيرها بالأعداد، وبين المرات والأعداد فرق واضح وضوح الشمس في نصف النهار، فبين المرتين فاصل زمني بخلاف اثنين أو عديدين.

وقال في هذه الآية الكريمة الطلاق الذي يحق للزوجين استئناف حياة الزوجية برجة أو عقد جديد مرتان، فإذا طلقتها للمرة الثالثة فلا مجال لذلك حتى تنكح زوج غيره وتحصل الفرقة بينهما بالطلاق والوفاة وتنتهي عدتها من هذه الفرقة.

ب. السنة النبوية الصحيحة: قال ابن عباس ؓ (كان الطلاق في عهد رسول الله ﷺ وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر رضي الله عنهما طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب ؓ: إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة^(٢) فلو أمضيها عليهم أمضاه عليهم.^(٣)

^(١) يراجع للاطلاع على التفصيل في هذا الموضوع مؤلفنا سلطان الإرادة في الطلاق في الشرائع والقوانين خلال أربعة آلاف سنة ١٧٦١-٢١٢

^(٢) أي مهلة لأن علاقة الزوجية تنتهي بثلاث مرات دون مرة واحدة.

^(٣) أي اجزأه عليهم (ألزمنهم بالثلاث) عقاباً لهم لأنهم تركوا ما أمر به الله من طريقة المرات وعدلوا إلى استعمال طريقة الأعداد.

ينظر صحيح مسلم بشرح النووي ١٠٣/١٠. صحيح البخاري يشرح فتح الباري ٣٦٣/٩ سنن أبى داود مع حاشية عون المعبود ٢٢٨/٢.
نيل الأمطار للشوكاني ٢٥٨/٦.
سبل السلام للمصنعاني ٢٢٨/٢.

وجدير بالذكر إن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه كثيراً ما كان يعدل عن الأصل ويعمل استثناءً بحكم على أساس السياسة الشرعية رعاية للمصلحة العامة ومن تطبيقاته في السياسة الشرعية هو أنه ألزم من يستعجل في طلاقه ويجمع بين الطلقات الثلاث مرة واحدة بالثلاث وذلك عقاباً تعزيراً لهم ومنعاً لاستعمال الأعداد مكان المرات.

ثم انتقل هذا الاجتهاد المبني على السياسة الشرعية من سيدنا عمر إلى المذاهب الفقهية وبوجه خاص المذاهب السنية الأربعة، فاستقر العمل بهذه السياسة رغم عدم تحقق المصلحة العامة التي هي غايتها وهي ترك العدد الثلاث والرجوع إلى القرآن والعمل بالمرات الثلاث لا بالأعداد.

ومن القواعد الأصولية العامة المتفق عليها أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً، والعلة في السياسة الشرعية المذكورة هي منع المسلمين من استعمال العدد في الطلاق والرجوع إلى المرات كما أمر بها القرآن، ومن الواضح إن هذه العلة الغائية لم تتحقق ولن تتحقق في المستقبل، لأن الناس تعودوا على استعمال العدد بدلاً من المرات، وبناء على هذه القاعدة يجب ترك العمل بالسياسة المذكورة والرجوع إلى ما عليه القرآن والسنة النبوية، وقضاء سيدنا أبي بكر وقضاء سيدنا عمر بن الخطاب خلال سنتين من خلافته قبل أن يحكم بالسياسة الشرعية المذكورة. والقول بأن هذه السياسة لسيدنا عمر أصبحت إجماعاً سكوتياً يجب استمرار العمل به خطأ لا يُغتفر، فما هي قيمة الإجماع السكوتي مقابل نص قرآني متواتر أمر بتوزيع الطلاق على ثلاث مرات؟

ج. تفسير بعض الفقهاء والمفسرين تعبير (الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ) بالطلاق الرجعي مردود من

وجهين.

أحدهما إن هذه الآية حين نزلت على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم لم يكن تقسيم الطلاق إلى الرجعي والبائن معروفاً وهذا من المصطلحات التي استحدثها فقهاء الشريعة الإسلامية فيما بعد. والوجه الثاني إن القرآن الكريم يبين حكم الطلقتين بجواز استئناف حياة الزوجية، فإذا فسرناه بالطلاق الرجعي فأين حكم الطلاق البائن لمرة واحدة أو مرتين، وبالإضافة إلى ذلك إن هذا الحكم مقابل حكم الطلاق الثالث الذي يبينه القرآن بقوله تعالى: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ فيشمل تعبير (مرتان) الطلاق الرجعي والطلاق البائن.

ثم إن (الـ) في (الطلاق مرتان) للمعهد الذكري ترجع إلى الطلاق الرجعي في العرف المجاهلي قبل الإسلام، وهو عبارة عن كل طلاق لم تنته عدته، سواء كان طلاقاً واحدة أو

أكثر، وسواء كان الطلاق قبل الدخول أو بعده، ويعرض أو بدون عرض، فهو بهذا المعنى يشمل الطلاق الرجعي والباتن في الشريعة الإسلامية.

د. وقال كثير من الفقهاء بأن الطلاق الثلاث يقع به الطلقات الثلاث خلافا لما عليه الطلاق في العالم الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية في هذه البلاد التي اتفقت على أن الطلاق المقترن بالعدد يقع به طليقة واحدة.

ومن القواعد الأصولية العامة المتفق عليها أنه إذا حكم القاضي برأي من آراء الفقهاء في مسألة خلافية فقهية، فإن هذا الحكم يرفع الخلاف فيجب العمل بما يقضي به القاضي. ومن الواضح أن القانون أقوى دائما من حكم القاضي، لأنه يحكم بموجب القانون، فإذا كان حكم القاضي يرفع الخلاف فمن باب أولى أن يرفعه القانون.

وأعود فأقول مرة أخرى أنه لا مجال للإجتihad في مورد النص، والقول بوقوع الطلاق الثلاث معاً رأي مخالف لنص القرآن فلا يجوز العمل به.

موقف القانون من الطلاق المقترن بالعدد:

أجمعت قوانين البلاد الإسلامية العربية وغير العربية على أن الطلاق المقترن بالعدد يقع به طليقة واحدة.

ومن هذه القوانين:

قانون الأحوال الشخصية العراقي القائم (الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة). (م ٢٣).

الأردني: (يملك الزوج ثلاث طلقات في ثلاث مجالس) م ٨٥.

السوري: (الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة أو كتابة لا يقع إلا واحداً). م ٩٢.

المغربي: (الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة أو كتابة لا يقع إلا واحداً) الفصل ٥١.

وهكذا كل دولة من الدول الإسلامية يحكم قضاءها بوقوع طليقة واحدة أيّاً كان العدد، وكذلك في العراق في المناطق العربية، وينفرد أهل الإفتاء في إقليم كردستان العراق بالحكم بوقوع الطلاق الثلاث مرة واحدة، خطأً نابعا عن تعصبهم المذهبي الأعمى الذي دفعهم إلى أن يرجعون ما في المذهب على ما في القرآن من النص القطعي، على أن الطلاق المقترن بالعدد لا يقع به الا طليقة واحدة، وهو قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِنْ سَاكَّ بِمَقْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾.

رابعاً-الطلاق المعلق والحلف بالطلاق:

اختلف فيهما فقهاء الشريعة ولا مجال لاستعراض الآراء الفقهية ومناقشتها، لذا نقتصر على الراجح الذي يجب العمل به في العالم الإسلامي وهو عدم وقوع الطلاق المعلق والحلف بالطلاق للأسباب الآتية:

١- لم يرد الطلاق المعلق لا في القرآن ولا في سنة رسول الله ﷺ ولا في أقضية خلفاء الراشدين والصحابة والتابعين، بل استحدث في العهد الأموي.

٢- أجمع فقهاء الشريعة على أن كل عقد أو تصرف معلق على الشرط باطل^(١) ومن الواضح أن الطلاق من أخطر التصرفات على الحياة الأسرية، فمن باب أولى يجب أن يكون الطلاق المعلق باطلاً.

٣- اجمع فقهاء الشريعة على أن الحلف بغير ذات الله وصفاته باطل^(٢) وبناء على ذلك يكون الحلف بالطلاق باطلاً وما يُبنى على الباطل باطل، فلا يقع الحلف بالطلاق.

٤- إن التعليق بالطلاق والحلف به أستخدم في العهد الأموي حين كان المسؤولون في الخلافة الأموية يتهمون من يعارضهم بالخلافة والسياسة عندما يتم إلقاء القبض عليهم لم يكن آنذاك عقوبة سالبة للحرية بالسجن أو الحبس، لذا كانوا يُحلفونهم بالقرآن على أن لا يتعاونوا مع من يكون ضدهم، ثم يتبين كذب الحالف بالقرآن ويظهر تعاونه مع المعارضة، لذا لجأوا إلى استخدام طريقة أخرى وهي التعليق بالطلاق والحلف به، فكانوا يُحلفون بالطلاق على أن لا يتعاونوا مع من يكون ضدهم. أو يقول المتهم إذا تعاونت مع من يعمل ضدكم يقع طلاق زوجتي، ثم إذا ظهر كذبه يمنعون زوجته منه ولا يسمحون برجوعها إليه. وهكذا انتقلت هذه الفكرة من السياسة إلى الشريعة واستقر رأي بعض الفقهاء على العمل بمقتضى هذه السياسة واستمرت هذه الحالة إلى أن وصلت إلينا وأدت إلى تخطيط مستقبل الملايين من العوائل الإسلامية في حياتهم الزوجية عن طريق العمل بتعليق الطلاق أو الحلف بالطلاق.

٥- ومن القواعد الأصولية العامة المتفق عليها أن القاضي إذا حكم برأي فقهي في المسائل الفقهية الخلافية يجب العمل بما يحكم به القاضي.

(١) ينظر الخلاف في الفقه للطوسي ٢/٢٣٠. المحلى لابن حزم ١٠/٢١٢ وما يليها اعلام الموقعين ٤/١٠١.

(٢) يراجع كتاب الايمان في جميع المراجع الفقهية الإسلامية.

موقف القانون من تعليق الطلاق والحلف به :

اشتطت قوانين البلاد الإسلامية والعربية وغير العربية أن يكون الطلاق بصيغة مُنجزَة
غير مُعلقة على شرط وغير مستعملة بصيغة اليمين ومنها ما يلي:-
القانون العراقي: (لا يقع الطلاق غير المنجز أو المشروط أو المستعمل بصيغة
اليمين) م٣٦.

الأردني: (لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد الحمل على فعل شيء أو تركه) م٨٩
المغربي: (الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه لا يقع) الفصل ٥٢.



الفصل الثالث

مدى سلطان الإرادة في التفريق القضائي

حاولت في عرض هذا الموضوع الخطير إتباع أسلوب جديد، فإن كنت مصيبا فمن الله فله الحمد وله الشكر، وإن كنت مخطئا فهو مني استغفره انه غفور رحيم.

والذي دفعني الى هذا الاختيار هو ما يلي:

١. جميع الاسباب التي بُحث منذ قيام المدارس والمذاهب الفقهية، والتي سوف تُبحث من حيث اعتبارها مبررات للتفريق، كلها ترجع الى سبب واحد وهو (الضرر).

٢. استعراض الخلافات الفقهية ونقاش كل ما قيل قديما وحديثا، واحصاء الاسباب المبررة في نظر كل فقيه، وتمييز ما يبيح طلب التفريق مما لا يسمح به... لا يُمكن ان يُقدم كل ذلك للقضاء في العالم الإسلامي خدمة فعلية ولا يزيد من التشريعات الوضعية المأخوذة من الفقه الإسلامي سوى زيادة شقة الخلاف.

٣. غياب معيار دقيق لما يُعتبر سببا وما لا يُعتبر، يبدن المشرعين في البلاد الإسلامية ان يتبعوا أسلوب التعديلات المتوالية لقوانين الأحوال الشخصية، وان يُقدموا بين آونة وأخرى قائمة جديدة باسباب التفريق، كما فعل ذلك المشرع العراقي خلال السنوات المنصرمة القريبة.

٤. والذي يتفق مع روح الشريعة الإسلامية هو البحث عن الضرر ومنشئه وترك تعداد الاسباب لعدم الجدوى في ذلك ما دامت الحياة تتطور، والمشاكل المعقدة والأمراض المضرة تتجدد.



٥. المعيار الدقيق لاعتبار كل سبب مبرراً للتفريق هو كونه منشأً للضرر يُكدر صفوة الحياة الزوجية بحيث يقتنع الزوجان والحكمان والقضاء بأنه لا سبيل لازالته سوى التفريق.
٦. السند الشرعي الذي يُقرر الأخذ بفكرة الضرر في التفريق القضائي هو القرآن الكريم في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُنْسِكُوهُمْ ضِرَارًا لْتَعْتَدُوا﴾، وسنن الرسول ﷺ منها قوله: (لا ضرر ولا ضرار في الإسلام).^(١)
٧. ليس كل ضرر يكون التفريق هو السبيل الوحيد لازالته، لذا من الضروري عدم فتح باب التفريق على مصراعيه من قبل المشرع الوضعي، وعدم سماح القضاء بالتفريق لأسباب يمكن مواجهتها بطرق أخرى.
٨. عدم اعتبار الأسباب المبررة للتفريق الزامية للقاضي، بل يجب أن يمنح سلطة تقديرية مطلقة لاعتبار التفريق آخر علاج يلجأ إليه، مستفيداً من خبرته الطويلة، مستضيئاً بأراء الفقهاء النيرة، ومستعيناً في الإصلاح بجهود الحكيم والباحثة الاجتماعية.
٩. الاستقراء التام يقضي بأن الأسباب المضرة المبررة للتفريق تنقسم إلى قسمين: الارادية كالشقاق وعدم الانفاق، واللا ارادية كالعاهات والامراض. وكل منهما إما أن يختص بأحد الزوجين كالعنة للزوج والرتق للزوجة، أو يكون مشتركاً بين الزوجين كالجنون.
- انبعاثاً من هذه الحقيقة اوزع دراسة هذا الموضوع من الناحية الشكلية على ثلاثة مباحث، يتناول الاول نماذج من الاسباب اللا ارادية، ويتضمن الثاني بعضاً من الاسباب الارادية. مع بيان ما يتعلق بهذه الاسباب من الاختلاف في الشروط والاثار حسب اختلاف طبيعة السبب. واخصص الثالث لبيان موقف القانون في بعض البلاد الإسلامية.

المبحث الاول

التفريق للضرر اللا ارادي

المقصود من الضرر اللارادي هو ما لا يكون لارادة احد الزوجين دخل في تكوين منشئه
لا مباشرة ولا تسببا، كالضرر الناشئ عن العلل والامراض والعاهات والامراض المنفرة...
واختلف فقهاء الشريعة في التفريق للضرر اللا ارادي على ثلاثة أقوال:
(لا يجوز مطلقا، يجوز مطلقا، يجوز للزوجة فقط).

ومنشا خلافهم هو غياب نص صريح يدل على جواز التفريق لضرر منشأه غير ارادي.
فمن قال بعدم الجواز تمسك بعدم وجود النص، بل قال بوجود نصوص تؤيد دوام الزواج
وعدم التفريق. ومن قال بالجواز مطلقا استند الى القواعد الشرعية العامة منها: (لا ضرر
ولا ضرار في الإسلام). كما استدلل بالقياس على خيار العيب في البيع، وبقول الصحابي
ايضا بناء على انه حجة.

ومن فرق بين الزوج والزوجة قال: ان التفريق استثناء من قاعدة عدم انتهاء الزواج الا
بالموت او الطلاق، والاستثناء يكون للضرورة، والضرورات تقدر بقدرها، فما دام الزوج يملك
سلطة الطلاق فلا ضرورة بالنسبة إليه.

القول الاول - المنع مطلقا :

فلا يحق لأحد الزوجين ان يطلب التفريق قضاءً بحجة قيام الضرر كما لا يجوز للقاضي
استجابته هذا الطلب.

وقد تبنى هذا الاتجاه فقهاء الظاهرية^(١) وبعض الزيدية.
واستدلوا بأدلة اهمها ما يلي:

(١) قال ابن حزم (المحلّى ٥٨/١٠): (ومن تزوج امرأة فلم يقدر على وطئها مرة او مرارا او لم يطاها قط فلا
يجوز للحاكم ولا لغيره ان يفرق بينهما). وقال ايضا (المرجع السابق ١٠٩/١٠): (لا يفسخ النكاح بعد
صحته بجذام حادث ولا ببرص، ولا بجنون، ولا بان يجد بها شيئا من هذه العيوب، ولا بان تجده مي
كذلك، ولا بفنائه ولا بداء فرج ولا بشئ من هذه العيوب).

١. قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(١). فالضرر الا ارادي ليس في وسع الإنسان وغير خاضع لارادته واختياره، فلا يحاسب عليه بمقتضى هذه الآية.
٢. الزواج الصحيح يثبت بكتاب الله والسنة، ومن فرق بينهما بغير الكتاب والسنة يسري عليه حكم قوله تعالى: ﴿فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ﴾^(٢).
٣. عدم وجود سابقة قضائية عن الرسول ﷺ مع عرض مثل هذه القضايا عليه منها قضية زوجة عبدالرحمن بن الزبير الذي كان مصابا بالعنة ومع ذلك لم يُفرق بينهما.^(٣)
٤. من الضرورات الدينية ان الزواج الصحيح لا ينتهي الا بالطلاق او الموت، فلا يوجد نص صريح على جواز انهاء علاقة الزوجية بغيرهما.^(٤)

مناقشة هذه الادلة:

- ١- قوله تعالى: (لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا) حجة عليهم لا لهم لأن الله لا يكلف الزوج المتضرر من الزوج الاخر ان يصبر على ضرر لا يُستطاع استمرار الحياة الزوجية معه.
- ٢- التفريق بالضرر عمل بالكتاب والسنة، قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(٥). وقال الرسول ﷺ: (لا ضرر وضرار في الإسلام)^(٦). وقوله تعالى:

^(١) (لا يكلف الله نفسا الا وسعها لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت) الآية

^(٢) (واتبعوا ما تنزلوا على الملكين ببابل هاروت وماروت وما يعلمان من احد حتى يقولوا انما نحن فتنة فلا تكفر فيتعلمون منهما ما يفرقون به بين المرء وزوجه وما هم بضارين به من احد الا باذن الله ويتعلمون ما يضرهم ولا ينفعهم ولقد علموا لمن اشتراه ما له في الآخرة من خلاق ولبئس ما شروا به انفسهم لو كانوا يعلمون)(البقرة: ١٠٢).

^(٣) خلاصة القضية: ان زوجة عبد الرحمن التي تزوجها بعد ان طلقها رفاة قالت للنبي ﷺ انه ما معه الا مثل هذه الهدية. واخذت هدية من جلبابها فتبسم الرسول وقال: لعلك تريدين ان ترجعي الى رفاة ؟ لا حتى تذوقي عسلية ويذوق عسيلتك. هذا الكلام كناية عن الدخول.

^(٤) قال ابن حزم (١٠ / ١٠٩، ٥٨): (هذه المرأة شككت الى النبي وارادت مفارقتها فلم يشكها ولا اجل لها شيئا ولا فرق بينهما).

^(٥) (وجاهدوا في الله حق جهاده هو اجتباكم وما جعل عليكم في الدين من حرج ملة ابيكم ابراهيم هو سماعكم المسلمين من قبل وفي هذا ليكون الرسول شهيدا عليكم وتكونوا شهداء على الناس فاقيموا الصلاة واتوا الزكاة واعتصموا بالله هو مولاكم فنعم المولى ونعم النصير)(الحج: ٧٨).

^(٦) مراسيل أبوداود ٤٥١.

﴿فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ﴾ ورد بشأن التفريق عن طريق الدجل والسحر...

٣- زوجة عبدالرحمن لم تطلب التفريق وإلا لقضى به الرسول، لأن من مهمته إزالة الضرر ورفع الظلم، وكان سؤالها عن حكم رجوعها الى الزوج الاول ان طلقها عبدالرحمن بقرينة قوله ﷺ: (لا حتى تذوقي عسيلته زينوق عسيلتك - أي حتى يتم الدخول -).^(١)

٤- الاستصحاب الذي استندوا اليه يتعارض مع نص (لا ضرر ولا ضرار) وأمثاله. ومن القواعد الأصولية: ان الاستصحاب لا يعمل به الا عند عدم وجود النص، وإذا تعارض معه يُقدم عليه النص.

القول الثاني: جواز التفريق بالضرر اللا ارادي؛

ذهب جمهور المالكية، والشافعية والحنابلة، والجعفرية، وجمهور الزيدية، والاباضية الى القول بجواز التفريق قضاءً بالضرر الناشئ عن الامراض والعيوب اللا ارادية مع اختلافهم في التفصيل الآتي:

المالكية:

الامراض والعيوب المبررة للتفريق عندهم محدة منها: مشتركة كالجذام والبرص. ومنها خاصة بالزوج كالعنة.^(٢) ومنها تنفرد بها الزوجة كالرتق والقرن.^(٣)

وهم بالاضافة الى الاخذ بفكرة تحديد الاسباب اشتراطوا توافر ما يلي:

١- ان يكون السبب موجودا عند العقد، فالاسباب الطارئة بعد الزواج - باستثناء الجذام البين والبرص المضر - لا تبرر التفريق.^(٤)

(١) البخاري: ٥٣٤٦.

(٢) العنة عدم القدرة على الاتصال الجنسي لضعف او كبر سن او المرض.

(٣) القرن بفتح القاف والراء غدة في مهبل الزوجة تمنع الاتصال الجنسي. والرتق بفتح التاء انسداد او التحام للجهاز التناسلي للزوجة يمنع المعاشرة الجنسية.

(٤) جاء في شرح الخرشني (٢٣٥/٣): (العيوب الذي يوجب الخيار لاحد الزوجين على صاحبه شرطه ان يكون موجودا عند العقد لو قبله. فالطارئ بعده لا يوجب الخيار الا ما استثنى).

- ٢- ان لا يكون الطرف السليم عالماً بالسبب قبل العقد او راضياً به بعده، فإن علم بالعيب ورضي به بالقول او بالفعل فلا يحق له ان يطلب التفريق.
- ٣- ان يؤجل التفريق لمدة سنة من تأريخ طلبه في كل مرض يُرجى شفاؤه.
- وللمالكية بعد تحقق هذه الشروط قولان: احدهما يُطلقها القاضي نيابة عن الزوج إن أبى الطلاق. والثاني يأمر القاضي الزوجة ان تُطلق نفسها ثم يحكم به هو. والفرقة على كلا القولين طُلقة بائة.^(١)

الشافعية:

- اخذ فقهاء الشافعية بتحديد الاسباب وهي عندهم سبعة منها مشتركة كالجنون والجذام والبرص، ومنها مختصة بالزوج كالعنة والجُب^(٢) ومنها تنفرد بها الزوجة كالرتق والقرن. واشتروطوا للتفريق بها الشروط التالية.
١. ان يكون طلب التفريق بعد العلم بالعيب مباشرة، فكل تأخير دون العذر يُسقط الحق قياساً على خيار العيب في البيع.
 ٢. ان يكون التفريق بالعنة بعد تأجيل سنة من تأريخ الدعوى.
 ٣. ثبوت السبب المدعي به لدى القاضي.
 ٤. الا تكون العنة حادثة بعد الدخول والا فلا تُبرر طلب التفريق.
 ٥. ان لا يكون كلاهما مجنونين لأن التفريق لا يكون الا بعد الطلب من احد الزوجين والمجنون ليس اهلاً للطلب.
 ٦. وبعد تحقق هذه الشروط يتولى القاضي التفريق، فان لم يوجد فالحاكم والا فللزوجة حق الفسخ بنفسها للضرورة. والفرقة فسخ.^(٣)

الحنابلة:

لا خلاف عندهم في التفريق للعلل التناسلية المانعة من المعاشرة الزوجية، لكن اذا كان المانع موجوداً لدى الطرفين بأن يكون الزوج عنيماً والزوجة رتقاء، ففي احد القولين لهم لا يُفريق بينهما.^(٤)

^(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٢ - / ٣٣٧.

^(٢) أي بان يكون الجهاز التناسلي للزوج مقطوعاً.

^(٣) المهذب ٢ / ٤٨. الشرقاوي ٢٢٥٢. نهاية المحتاج ٦ / ٣٠٢.

^(٤) المحرر ٢ / ٢٤.

أما الأسباب الأخرى فلا خلاف أيضا في التفريق بالجنون والجذام والبرص. ولهم فيما عدا هذه الثلاثة رأيان: أحدهما وهو اختيار ابن تيمية وابن قيم يثبت حق طلب التفريق بكل مرض أو عارض يضر بالطرف الآخر دون تحديد^(١).

وشروط التفريق بالأمراض والعلل عند الحنابلة هي:

- ١- أن يكون السبب موجودا حين العقد ولا يعلم به الطرف السليم، فإذا حدث بعده فلهم قولان: أحدهما لا يجوز التفريق.
- ٢- في التفريق للعجز الجنسي يجب التأجيل سنة من رفع الدعوى.
- ٣- تقديم الطلب من المتضرر واقتناع القاضي بوجود الضرر.^(٢)

الجعفرية:

فقهاء الجعفرية كالجمهور حددوا العيوب المبررة للتفريق. قال العاملي: والعيوب المجوزة لفسخ الزواج في الرجل خمسة: الجنون والخصاء والجب والعنة والجذام. وعيوب المرأة تسعة: الجنون والجذام والبرص والعقم والرتق والافضاء.^(٣)

واشترطوا للتفريق بهذه العلل توفر ما يلي:

- ١- أن يكون الطلب بعد العلم بالعيب فورا والا فيسقط حقه.
 - ٢- أن كان السبب منه يجب أن لا يكون طارئا بعد الدخول ولو كان الدخول مرة واحدة ومع ذلك يجب تأجيل التفريق بها لمدة سنة من حين الترافع.
 - ٣- في عيوب وأمراض الزوجة إذا كانت طارئة بعد العقد لهم ثلاثة أقوال:
- أ- لا خيار له في طلب التفريق مطلقا تمسكا باصالة العقد واستصحابا لحكمه.

ب- له الخيار مطلقا عملا باطلاق بعض النصوص.

ج- ليس له بعد الدخول ويحق له الطلب قبله.

^(١) زاد المعاد (٣١/٤) وفيه: (والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار. وما ألزم الله مضرورا قط ولا مفيونا قط بما غربه وغين به. ومن تدبر مقاصد الشرع في مصادره وموارده وعدله وحكمته وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه هذا القول وقربه من قواعد الشريعة).

^(٢) منتهى الإرادات ٢ / ١٨٨. الاقتناع ٢ / ٧٨.

^(٣) الروضة البهية ٢ / ١٨٨ وما بعدها. شرائع الإسلام ٢ / ٣٠ - ٣٢.

والتفريق عندهم يُعتبر فسخاً.^(١)

الزيدية:

التزموا جانب التحديد ايضاً فقالوا: العيوب المبررة لطلب التفريق أحد عشر، منها مشتركة بين الزوجين وهي: الجنون، والجذام، والبرص، وعدم الكفاءة. وثلاثة منها تختص بالزوجة وهي قرن ورتق والعفل. وثلاثة ينفرد بها الزوج وهي الحب والحصى والسل.^(٢) ولكن التفريق للعنة محل خلاف، فمنهم من لم يرها سبباً للتفريق سواء حدثت قبل الدخول أو بعده. واخذ بعض منهم بعدم تحديد العيوب والأمراض، بل اعتبروا كل مضر بالطرف الآخر مجراً لطلب التفريق.^(٣) كما ذهب إلى ذلك ابن تيمية وابن قيم.

واشترط الزيدية للتفريق بالأسباب المذكورة توفر ما يلي:

١- أن لا يكون السبب طارئاً بعد الدخول - باستثناء الجنون والجذام والبرص حيث لا فرق فيها بين القديم والحديث لخطورتها.

٢- أن لا يصدر من له حق الخيار ما يدل على الرضا وبناء على ذلك يُبطل حق طلب التفريق بما يلي:

أ - إذا علم بالسبب قبل العقد وسكت.

ب - إذا علم به بعد العقد ورضي به.

ج - إذا حصل الدخول أو الخلوة، أو مكنت نفسها له بعد علمها بعيبه فالدخول والخلوة يُسقطان حق الزوج، وتمكين الزوجة يُسقط حقها.

٣- إذا كانا معيبين سواء كان العيبان متماثلين أو مختلفين فلا خيار لأي منهما.

وإذا توفرت هذه الشروط يُفسخ الزواج بتراضي الطرفين دون اللجوء إلى القضاء إذا كان العيب المبرر للتفريق متفقاً عليه في المذهب. فإذا لم يتم التفريق بالتراضي، أو كان السبب مختلفاً فيه يحكم القاضي به.

والفرقة للعلل سواء كانت بالتراضي أو بحكم القضاء فسخ عندهم.^(٤)

(١) الروضة البهية ٢ / ١٢٦.

(٢) سل البيضتين مع بقاء الذكر.

(٣) جاء في المنتزع المختار (٢ / ٢٣٩): (قال القاضي حسين: إنها غير منحصرة بل كل مانع من توقان

النفس وكسر الشهوة فإنه يرد به النكاح).

(٤) التاج المذهب ٢ / ٦٣-٦٦. المنتزع المختار ٢ / ٢٣٩.

الاباضية:

ذهب فقهاء الاباضية الى انه يثبت حق الخيار لكل من الزوجين اذا ثبت في الزوج الاخر مرض تناسلي او سارٍ او منفر، واخذوا ايضا بالتحديد بالجنون والجذام والجب والعنة وقالوا: لا تفريق بغير ذلك من الامراض.

وبالاضافة الى التحديد اشترطوا توفر ما يلي:

- ١- ان يكون السبب موجودا قبل العقد اما الطارئ بعده، وبعد الدخول فلهم فيه قولان: احدهما لا يكون مبررا.
 - ٢- ان لا يرضى به الطرف الاخر بعد العلم به لكن لم يشترطوا الفور ولا كون طالب التفريق سالما من هذه الامراض.
- وقالوا: ان حق طلب التفريق يبقى بعد شفاء المريض لان المصاب بالمرض الساري معرض لان يرجع عليه. وكذلك لم يشترطوا حكم القاضي للتفريق.^(١)
- والفرقة عندهم فسخ.
- هذا مجمل من تفصيل الجمهور الذين قالوا: بالتفريق للأمراض والعلل والاعراض المنفرة والعاهات المستديمة.

ويلاحظ عليهم بعض الملاحظات منها:

- ١- الاخذ بالتعداد وحصر الامراض والعلل في بعض الالوان دون بعض يتعارض مع علة تشريع التفريق لتلك الاسباب وهي ازالة الضرر، فالمفروض ان يدور الحكم مع علته وجودا وعدما، فاينما وجد الضرر الذي لا يُطاق يُقضى بجواز التفريق بغض النظر عن مصدر هذا الضرر.
- ٢- اعتبار الرضى بالعييب في يوم ما، او التأخير في طلب التفريق، او كون السبب طارئا بعد العقد او الدخول مستقلا حق من له طلب التفريق، يصطدم مع اطلاق قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(٢)، ومع عموم قول الرسول ﷺ (لا ضرر ولا ضار)^(٣). لان لفظ (حرج) مطلق يشمل جميع الحالات، ولفظي

(١) شرح النيل وشفاء العليل ٢/٢٤٤-٢٤٩.

(٢) سورة الحج / ٧٨

(٣) السنن الكبرى للبيهقي ٦/١٥٨

(ضرر وضرار) نكرتان واقعان في حيز النفي يفيدان العموم، والاطلاق والمطلق يُحمل على اطلاقه ما لم تقم قرينة على تقييده، والعام يعمل بعمومه ما لم يقم دليل على تخصيصه، فلا قرينة ولا دليل.

القول الثالث: حق التفريق للعلل والأمراض ثابتة للزوجة فقط؛

وهو اختيار جمهور الحنفية فقالوا:

ان الزوج يملك الطلاق فللزوجة حق طلب التفريق اذا كان زوجها مصابا بمرض من العلل التناسلية كالعنة والجرب والخصاء. اما بالنسبة لبقية الامراض السارية والمنفرة فلم ير ابو حنيفة ولا ابو يوسف منحها هذا الحق لان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج، وانما يشترط الخيار في العيوب التناسلية لانها مخللة بالمقصود الذي شرع لاجله الزواج. ^(١) ولم يُفرق محمد صاحب ابي حنيفة بين العيوب التناسلية وغيرها في ثبوت حق طلب التفريق لها. ^(٢) ونقل عنه تحديد غير التناسلية بالجنون والجذام والبرص. لكن يرى الكاساني ان الامام محمد صاحب ابي حنيفة لم يقل بمحصر وتحديد الامراض والعلل. ^(٣)

وبذلك يتفق رأي محمد مع رأي ابن تيمية وابن قيم من الحنابلة، والقاضي حسين من الزيدية في عدم تحديد العلل والأمراض لان المعيار هنا هو الضرر اللا ارادي بغض النظر عن طبيعة المرض ما دام الزوج الاخر لا يستطيع ان يتحمل هذا الضرر. واستدل ابو حنيفة وابو يوسف على عدم جواز التفريق بغير العلل التناسلية بان الخيار بهذه العلل ثبت لدفع ضرر

(١) فتح القدير ٤/ ٣٠٥.

(٢) المرجع السابق. المبسوط ٥/ ١٠٤.

(٣) البدائع (٣/ ١٥٣٦ - ١٥٣٧) وفيه: (واما خلو الزوج عما سوى هذه العيوب الخمسة من الجرب والعنة والخصاء والخنوثة فهل هو شرط لزوم النكاح ؟ قال ابو حنيفة وابو يوسف: ليس بشرط ولا يفسخ النكاح به. وقال محمد خلوه من كل عيب لا يمكنها المقام معه الا بضرر كالجنون والجذام والبرص شرط لزوم النكاح، حتى يفسخ به النكاح.

وجه قول محمد: ان الخيار في العيوب الخمسة انما ثبت لدفع الضرر عن المرأة. وهذه العيوب في الحاق الضرر بها فوق تلك لانها من الادواء المتعدية عادة فلما ثبت الخيار بتلك فلان يثبت بهذه اولى. بخلاف ما اذا كانت هذه العيوب من جانب المرأة لان الزوج وان كان يتضرر بها لكن يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق فان الطلاق بيده والمرأة لا يمكنها ذلك).

فوات حقها المستحق بالعقد وهو الوطء مرة واحدة وهذا الحق لم يفت بهذه العيوب لان
المعاشرة الزوجية تتحقق مع غير العلل التناسلية فلا يثبت الخيار.^(١)

ومن الغريب العجيب ان يعتبر هذان الفقيهان العظيمان حق الزوج في التمتع بزوجه
متحققا بالوطء مرة واحدة، وان يريا ان المعاشرة الزوجية هي القضايا الجنسية فقط، وان
الامراض غير التناسلية لا تحول دون تحققها، في حين ان المعاشرة هي السكينة والمودة والمحبة
والرحمة وغيرها من الوان التمتع الزوجي، كما نص على ذلك القرآن الكريم في قوله تعالى:
﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ
فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾.^(٢)

واشترط فقهاء الحنفية للتفريق بالعلل المذكورة ما يلي:

- ١- ان لا يصدر عن الزوجة ما يدل على الرضا بالعيب.
- ٢- ان لا يكون العيب طارئا بعد الدخول.
- ٣- ان يكون الحكم بالتفريق للعنة بعد تأجيل سنة من الدعوى.^(٣)
- ٤- عند مطالبة الزوجة بالتفريق للعنة يجب ان لا تكون رتقاء، لانه لا حق لها في
المطالبة بالمعاشرة الجنسية مع قيام المانع فيها.
- ٥- تقديم الطلب من الزوجة الى القاضي والفرقة طالقة بائنة عند الحنفية^(٤) لان فعل
القاضي اذيف الى الزوج فكأنه طلقها بنفسه، ولان المقصود وهو رفع الظلم عنها
لا يحصل الا بها لانها لو لم تكن بائنة تعود بالمراجعة.^(٥)

ويلاحظ على الحنفية بهذا الشأن بعض الملاحظات منها:

- ١- ان القول بعدم حق طلب التفريق اذا كان السبب طارئا بعد الدخول يتعارض مع
عموم القواعد العامة للشريعة الإسلامية الامر برفع الضرر كما ذكرنا.

(١) البدائع المرجع السابق.

(٢) سورة الروم: ٢١.

(٣) فتح القدير ٤/ ٢٩٧.

(٤) فتح القدير ٤ / ٢٩٩.

(٥) ويتفق هذا مع قول مالك والثوري.

٢- ان رفض ابي حنيفة وابي يوسف للتفريق بفقد العلل التناسلية يتعارض مع ما هو معروف من طابع التعليل العقلي والمنطق السليم لمذهب ابي حنيفة بالاضافة الى تعارضه مع القواعد الشرعية العامة الامر بضرورة ازالة الضرر مطلقا.

٣- ان حرمان الزوج من حق طلب التفريق بحجة انه يملك الطلاق اجحاف بحقه حيث ان التفريق قضاء يختلف عن الطلاق في بعض الآثار، فالتفريق بطلب من الزوج بسبب موجود في الزوجة يسقط حق الزوجة في المهر المزجل بخلاف الطلاق، لانه اذا طلقها بعد الدخول سواء كان بتقصيد الزوجة ام لا يلتزم بدفع المهر كله لتقرره بالدخول.

الاستفنتاج والترحيج:

١- اكثر انصار التفريق القضائي للأمراض العلل اخذوا بالحصر والتحديد مع ان ذلك يتعارض مع علة تشريع التفريق بتلك الامراض والعلل وهي ازالة ضرر المتضرر من احد الزوجين لان المفروض كما هو المقرر في اصول الفقه الإسلامي ان يدور الحكم مع العلة وجودا وعدما، ولانه قد يكتشف الطب امراضا اخرى اشد خطورة منها، وقد تحدث علل نتيجة تطور الحياة تكون اكثر منها ضرراً كمرض أيدز.

٢- سقوط حق طلب التفريق ببعض المسقطات التي ورد ذكرها كالتأخير في تقديم الطلب، وكالرضا بالضرر في فترة زمنية محددة، وكحدوث المرض بعد العقد او بعد الدخول... يصطدم مع عموم واطلاق القواعد الشرعية العامة والنصوص المقررة للتفريق لرفع الضرر، لان الإنسان قد يتحمل الضرر في وقت لا يستطيع تحمله في حين اخر لما يواجهه من التطورات في حياته.

٣- قول بعض الفقهاء كالزيدية والجعفرية والاباضية بان التفريق لا يحتاج الى حكم او قضاء يفتح باب التفريق الكيفي لاسباب قد تكون وهمية لا حقيقية لمطورتها على الطرف الاخر المطالب بالتفريق ويعطى المجال للمفوضى في حياة الأسرة، لذا ارى ان يتم كل تفريق للضرر اللارادي بحكم القاضي بعد ثبوت هذا الضرر بتقرير طبي من اللجنة الطبية المختصة.

٤- الواجب الديني والاخلاقي والإنساني يطالب من الزوجين ان يتعاونوا في السراء والضراء، وان يبذلا جهودهما المادية والمعنوية في سبيل معالجة المصاب بالمرض المبرر للتفريق بدلا من اللجوء الى القضاء. واذا رجعنا الى ما قبل الميلاد نجد ان قانون حمورابي طلب من الزوج ان لا يطلق زوجته المريضة، وسمح له ان يتزوج ثانية على ان

يقوم بمداواة ورعاية الزوجة المريضة، وترك حرية الإرادة للمريضة في البقاء أو طلب الطلاق والرجوع إلى أهلها، فالمفروض أن نكون أكثر التزاماً بهذا الجانب الأخلاقي ما دمنا نعتبر أنفسنا أكثر حضارة وأكثر تقدماً وأكثر إنسانية ممن عاشوا في عهد حمورابي.

- ٥- اقترح أن تأخذ التشريعات الوضعية في البلاد العربية والإسلامية في التفريق القضائي بمقياس الضرر اللا إرادي الذي يتصمر معه استمرار الحياة الزوجية بغض النظر عن مصدره، وأن يترك تعداد الأسباب في قوانين الأحوال الشخصية، أخذاً برأي الإمام محمد صاحب أبي حنيفة ورأي ابن تيمية وابن قيم والقاضي حسين.
- ٦- في حالة التفريق قضاءً أرى أن يؤخذ برأي المالكية والحنفية في اعتبار الفرقة طلاقاً بائنة ما دام الغرض منها إزالة الضرر القائم.

المبحث الثاني التفريق للضرر الارادي

المقصود من الضرر الارادي هو ان يكون منشأه عملا او قولاً اراديا لأحد الزوجين او كليهما مباشرة او تسببا، سواء أكان الضرر ماديا كالضرر المترتب على عدم الانفاق، أم معنويا كحرمان الزوجة من التمتع الجنسي بسبب غيبة الزوج او هجره، وبإمكاننا ارجاع جميع الاسباب الارادية المضرة بأحد الزوجين او كليهما الى اربعة:

- ١- حرمان الزوجة من النفقة.
- ٢- حرمان الزوجة من المعاشرة الزوجية.
- ٣- اعتداء احد الزوجين على الآخر بالقول او الفعل.
- ٤- ارتكاب معصية من احدهما.

ولا ارى ان يكون هناك سبب ارادي يترتب عليه الضرر لاحد الزوجين يكون خارجا عن هذه الامور الاربعة الرئيسية. وبناء على ذلك تركت الطرق التقليدية المتبعة قديما وحديثا لعرض هذه الاسباب، وحاولت دراسة جميع الاسباب الارادية المبررة للتفريق قضاءً تحت هذه العناوين الاربعة، كما ادعو التشريعات الوضعية الى ان تأخذ بنفس الاسلوب لانه اكثر شمولا واكثر دقة:

اولا : حرمان الزوجة من النفقة :

مصدر هذا الحرمان قد يكون تعنت الزوج كما قد يكون بسبب غيابه او اصراره او فقدانه او الحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية، وهذه الامور كلها تدخل في نطاق ارادة الإنسان بصورة مباشرة او غير مباشرة.

اراء الفقهاء في التفريق لعدم الانفاق :

اختلفت كلمتهم في هذا الموضوع على ثلاثة اراء (المنع مطلقا، والجواز مطلقا، والتفصيل):

الراي الاول - المنع مطلقا (بعذر او بدونه):

أي سواء كان ذلك لعجز الزوج المالي، أو لتعنته، أو لغيبته، أو لاسره، أو لفقده، أو لحبسه... وهذا هو اختيار فقهاء الحنفية^(١) والظاهرية^(٢)، وبعض من الجعفرية^(٣)، وجمهور الزيدية^(٤). وقول للشافعية، وقال به الاوزاعي والثوري، كما ذهب اليه بعض فقهاء التابعين كالزهري والنخعي، وعطاء بن يسار وبه اخذ ابن ابي ليلى^(٥) وقالوا: للزوجة ان تستأذن من القاضي للاستدانة والانفاق على نفسها على حساب الزوج وعلى القاضي تأمين النفقة من مال الزوج أو من الاستدانة أو من بيت المال...

واستدل هؤلاء الفقهاء بادلة كثيرة اهمها ما يلي:

١. الاخذ باخف الضررين لانه لو فرق بينهما لبطل حق الزوج ولو لم يُفْرَق لتأخر حق الزوجة والاول اكثر ضررا لان النفقة تستقر دينا في ذمة الزوج بحكم القاضي فتستوفي في المستقبل ولا تقاس النفقة على العجز في الجماع لان المال تابع للنكاح فلا يلحق بما هو المقصود منه وهو التوالد.^(٦)

٢. النص على الانتظار في حالة عسر الزوج كما في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^(٧) وكل طلب من الزوجة للتفريق لعدم الانفاق في حالة عجز الزوج يصطدم مع هذا النص.

(١) فتح القدير (٣٩٠/٤) وفيه: (ومن عسر بنفقة امراته لم يفرق بينهما ويقال لها استدنيي عليه. ومعنى الاستانة ان تشتري الطعام على ان يؤدي الزوج ثمنه... ولو امتنع عن الانفاق عليها مع اليسر له لم يفرق ويبيع الحاكم عليه ماله ويصرفه في نفقتها فان لم يجد ماله يحبسه حتى ينفق عليها ولا يفسخ).

(٢) المحلى (٩٢/١٠) وفيه: (ولو ان الزوج يمنعه النفقة او الكسوة او الصداق ظلما او لانه فقير لا يقدر لم يجز لها منع نفسها منه من اجل ذلك) وفيه ايضا (٩١/١٠) (ومن منع النفقة والكسوة وهو عليها فسواء كان غائبا او حاضرا هو دين في ذمته يؤخذ منه ابدًا ويقضي لها به في حياته وبعد موته...).
(٣) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ١٤٤/٢. الخلاف للطوسي ٣٣٤/٢.

(٤) التاج المذهب: (٢٨٥/٢) وفيه: (وان غاب الزوج او تمرد عن انفاق زوجته فانه ينفق عليها الحاكم من مال ذلك الغائب قدر ما تحتاج اليه مدة غيبته... وينفقها الحاكم ايضا من مال الزوج المتمرد عن الانفاق عليها ولو حاضرا... ويجسه الحاكم اذا طلبت منه حبسه للتكسب. ولا يجوز فسخ النكاح بينهما عندنا لعدم الانفاق سواء كان لغيبته او لتمرده او لاعساره او لعدم تكسبه...).

(٥) فتح القدير ٣٠٤/٤. بداية المجتهد ٤٣/٢.

(٦) الزيلعي ٥٤/٣.

(٧) (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وان تصدقوا خيرا لكم ان كنتم تعلمون)(البقرة: ٢٨٠).

٣. ما كان عليه الصحابة من حالتي العمر واليسر، وكان المعسر من منهم اضعاف الميسرين ولم ترد واقعة يقضي فيها رسول الله ﷺ او الصحابة بالتفريق لعدم الانفاق.

مناقشة هذه الأدلة:

١. دعوى ان ضرر الزوجة الناشئ عن عدم الانفاق اخف من ضرر الزوج المترتب على تفريق تحكم وترجيح بلا مرجع، بل العكس هو الاصح. ولان الإنسان يستطيع ان يعيش بلا المعاشرة الجنسية ولكن لا يمكنه ذلك مع الحرمان من النفقة، فلما جاز التفريق بالعنة فلان يجوز بالحرمان من النفقة اولى. ولان هذا الدليل يتعارض مع النصوص القرآنية الآمرة بالامساك بالمعروف منها قوله تعالى: ﴿فَأْمْسِكُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ﴾^(١).

٢. قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^(٢) دليل خاص بالمعسر والخاص لا يثبت به حكم عام يشمل الميسر والمعسر على حد سواء. والى جانب ذلك فان التوفيق بينه وبين قوله تعالى: ﴿لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ يكون بمنح الخيار للزوجة في طلب التفريق اذا لم تستطع. ثم الدين مذلة وعلى هذا الاساس سمي القرض ديناً فلا تكلف الزوجة لتحمل هذه المذلة والاستدانة على حساب الزوج للاتفاق على نفسها.

٣. وعدم وجود واقعة التفريق في عهد الرسالة والصحابة لا يكون حجة على عدم جواز التفريق بعدم الانفاق وذلك لما يلي:

أ - التفريق لا يكون الا بعد الطلب، ولم يثبت هذا الطلب من زوجة أي صحابي.

ب - ان زوجات الصحابة لم يعدمن النفقة بالكلية.

ج - الحياة تطورت، والنفوس تبدلت، والجانب المالي تغلب على الجانب الروحي خلافاً لما كان عليه وضع الصحابة في صدر الإسلام، فلا يقاس ما عليه الإنسان في هذا العصر على ما كان عليه السلف الصالح في الماضي، فاجبار

^(١) ﴿فَإِذَا بَلَغَ أَحَدُهُمَا أَهْلَهُ فَامْسِكُوهُمَا بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُمَا بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوَفِّقُ بَيْنَ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا﴾ (الطلاق: ٢).

^(٢) ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ البقرة: ٢٨٠.

الزوجة اليوم على تحمل معاناة المعيشة الضنكى احراج لها وهو يتعارض مع قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(١).

الرأي الثاني: للزوجة طلب التفريق مطلقا (بعذر او بدونه).

أي لها ان تطلب التفريق قضاءً لعدم الانفاق سواء أكان الزوج موسرا او معسرا، وسواء أكان حاضرا أم غائبا، فلها حرية اختيار احد الامرين (الصبر او طلب التفريق) اذا لم يتمكن القاضي من تأمين النفقة لها من مال الموسر.

وهذا ما تبناه فقهاء المالكية^(٢) وبعض الحنابلة^(٣). وهم قالوا بالتفريق لعدم الانفاق مطلقا اذا توفرت الشروط التالية:

١. تقديم طلب من الزوجة او من ينوب عنها الى القضاء تطالب فيه الانفاق او التفريق.
٢. اثبات قيام الزوجية الصحيحة.
٣. اثبات استحقاق الزوجة للنفقة، وعدم قيام ما يحول دون ذلك^(٤).
٤. عدم امكان تأمين النفقة من مال ظاهر للزوج^(٥).
٥. اعطاء مهلة للزوج حسب تقدير القاضي ليختار فيها الزوج احد الامرين اما الانفاق او الطلاق^(٦).
٦. ان يمتنع الزوج عن الانفاق والطلاق معا بعد حكم القاضي عليه باختيار احد الامرين^(٧).

(١) (وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ مِثْلُ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ هُوَ سَمَّاكُمُ الْمُسْلِمِينَ مِنْ قَبْلُ وَفِي هَذَا لِيَكُونَ الرَّسُولُ شَهِيدًا عَلَيْكُمْ وَتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ فَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَاعْتَصِمُوا بِاللَّهِ هُوَ مَوْلَاكُمْ فَنِعْمَ الْمَوْلَى وَنِعْمَ النَّصِيرُ) (الحج: ٧٨).

(٢) شرح الخرشي ٤ / ١٩٦ - ١٩٨، الشرح الصغير للدريز ٢ / ٨٤٥ فما بعدها. مواهب الجليل ٤ / ١٩٦.

(٣) المغني ٧ / ٥٧٣ وما بعدها وفيه: (فان منعها ولم تجد ما تاخذه واختارت فراقه فرق الحاكم بينهما). الانصاف ٩ / ٣٩٠ وما بعدها الاقناع ٣ / ١٤٧.

(٤) الخرشي (٤ / ١٩١) وفيه: (المشهور ان الزوجة اذا منعت زوجها من الوطء بغير عذر فان نفقتها تسقط عنه. وكذلك تسقط نفقتها بمنعها الاستمتاع. او خرجت من محل طاعة زوجها بغير انه).

(٥) الخرشي (٤ / ١٩٧) وفيه: (واذا كان له مال ظاهر اخذ منه كرها).

(٦) الخرشي (٤ / ١٩٧) وفيه: (تلوم له باجتهاد الحاكم من غير تحديد بيوم او ثلاثة او شهر او شهرين).

(٧) العدوي المرجع السابق وفيه: (واما من لم يثبت عسره وهو يقر بالملا وامتنع من الانفاق والطلاق أي ولم يكن له مال ظاهر فانه يجعل عليه الطلاق على قول. ويسجن حتى ينفق عليها على اخر حكاهما).

٧. ان يكون التفريق لعدم الانفاق بالنفقة الحاضرة او لمستقبله، وليس لها طلب التفريق لنفقة متراكمة في ذمة الزوج^١.
والفرقة لعدم الانفاق عند المالكية تُعتبر طلاق رجعية أي ان للزوج حق الرجعة خلال العدة اذا استأنف الانفاق عليها. وهذا رأي وجيه نابع عن روح الشريعة الإسلامية.

واهم أدلة استند اليها من قال بالتفريق لعدم الانفاق مطلقا ما يلي:

١. قوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكِ بِمَعْرِفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾. وليس الامساك مع ترك الانفاق امساكا بمعروف فتعين التسريح^٢.

٢. مرسل سعيد بن المسيب، حيث روى عن سفيان عن بن ابي الزناد قال: سألت سعيد بن المسيب عن رجل لا يجد ما يُنفق على امراته يُفارق بينهما؟ قال: نعم. قال: سنة؟ قال: سنة. وهذا ينصرف الى سنة الرسول ﷺ.

٣. امر عمر بن الخطاب ؓ من غابوا عن نساءهم بأن يُنفقوا عليهن او يُطلقوا.

٤. القياس على التفريق للعجز الجنسي. قالوا: اذا ثبت الفسخ بالعجز عن الرطء - والضرر فيه اقل - فلأن يثبت بالعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن الا بها اولى^٣.

الراي الثالث - التفصيل:

أي التفريق بين حالتي العجز والتعنت او بتعبير اخر بين حالتي العذر وعدم العذر، غير ان اصحاب هذا الراي لم يتجهوا الى منهج واحد في هذا التفصيل، بل انقسموا الى فريقين لكل اتجاه معاكس للآخر كما يلي:

ابن عرفة فان سجن ولم يفعل فانه يجعل عليه الطلاق). وفيه المعني (٧ / ٥٧٦) ((وان غيب ماله وصبر على الحبس ولم يقدر الحاكم له على المال ياخذه او لم يقدر على اخذ النفقة من المال الغائب فلها الخيار في الفسخ فقط وهو قول الخرشي واختيار ابي طالب)).

(١) المعني ٧ / ٥٧٥ وفيه: (وان اعسر النفقة الماضية لم يكن لها الفسخ لانها دين يقوم البدن بدونها فاشبه سائر الديون) وفي شرح الخرشي (٤ / ١٩٤): (اذا عجز الزوج عن النفقة الحاضرة او المستقبلية لمن يريد السفر دون الماضي).

(٢) المعني ٧ / ٥٧٣.

(٣) المرجع السابق.

أ- قال فريق بالتفريق لعدم الانفاق من الفقير العاجز. اما اذا كانت لسلبية الزوج في الانفاق لتعنته دون عجزه وفقره فلا سلطان لارادة الزوجة في المطالبة بالتفريق لامكان الحصول على النفقة بوساطة القضاء وهذا هو الراجح لدى الشافعية^١ والمختار للقاضي من الحنبلة^٢.

واستدلوا بادلة منها:

- ١- الزوج الموسر يمكن استيفاء النفقة من ماله عن طريق القضاء. وبناء على ذلك ان غاب وانقطع خبره لم يثبت لها الفسخ لان الفسخ يثبت بالاعسار ولم يثبت^٣.
- ٢- ما رواه ابو هريرة رضي الله عنه من ان النبي ﷺ قال: في الرجل لا يجد ما ينفق على امراته يفرق بينهما. وناقش هذا الرأي بأن سبب التفريق الحقيقي هو ضرر الزوجة الناشئ عن عدم الانفاق فالسبب قائم سواء اكان الزوج معسرا ام موسرا متعنتا، ما دامت الزوجة محرومة من النفقة.
- ب- وقال فريق للزوجة طلب التفريق اذا كان عدم الانفاق من زوج موسر متعنت لانه ظالم، دون العاجز الفقير لانه معذور فلا يعامل معاملة الظالم. وهو اختيار ابن تيمية وابن القيم من الحنبلة^٤ وقال به بعض المتأخرين من فقهاء الجعفرية^٥ وجل ادلتهم:

(١) المذهب ١٦٣/٢ وفيه: (اذا اعسر الزوج بنفقة المعسر فلها ان تفسخ النكاح. وان كان الزوج موسرا وامتنع من الانفاق لم يثبت لها الفسخ لانه يمكن الاستيفاء بالحاكم).

(٢) المحرر ١١٦/٢ وفيه: (اذا امتنع الموسر النفقة او بعضها وتعدّر دفع النفقة من ماله قال القاضي ليس له ذلك (طلب التفريق) بخلاف المعسر).

(٣) نهاية المحتاج ٢٠٧/٧ وفيه: (الاصح لا فسخ بمنع موسر - او متوسط حضر او غاب). وللشافعية وجه اخر بالنسبة للغائب حيث قال بعض اصحاب الشافعي: اذا انقطع خبر الغائب يثبت لها الفسخ لان تعدّر النفقة بانقطاع خبره كتعذرها بالاعسار. المذهب ١٦٣/٢.

(٤) قال ابن قيم (زاد المعاد ٥١/٣): (ان الزوج اذا كان قادرا على الانفاق ولم ينفق ولم تقدر زوجته ان تاخذ من نفقتها كان لها ان تطلب الفسخ وليس لزوجة الفقير ذلك الا اذا غرما حين العقد وقال لها: انه شري ثم تبين انه فقير معدم فلها في هذه الحالة ان تطلب الفسخ ايضا).

(٥) يقول الاستاذ جواد مقنية في كتابه (الزواج والطلاق في المذاهب الخمسة) ص ١٩٢: (افتى السيد ابو الحسن في (الوسيلة)، والسيد محسن الحكيم في رسالة (منهاج الصالحين): بانه لو كان الزوج معتمدا عن الانفاق مع اليسار ورفعت امرها الى الحاكم الزمه بالانفاق او الطلاق واذا امتنع ولم يمكن الانفاق عليها من ماله ولا اجباره على الطلاق فالظاهر ان للحاكم ان يطلقها اذا ارادت الطلاق .

قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ وقوله تعالى: (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة).

ونناقش هذا الاستدلال بان الآية الاولى حجة بيد الزوجة لطلب التفريق وان الثانية متعلقة بالديون في المعاملات المالية. ومن الجدير بالذكر ان ابن حزم الظاهري (رحمه الله) قال: بوجوب نفقة الزوج الفقير العاجز على زوجته المتمكنة مالياً^(١). وارى انه راي مصدره روح الشريعة الإسلامية وادعو المشرع في البلاد الإسلامية الاخذ به وتبنيته في قوانين الأحوال الشخصية.

الاستفنتاج والترجيح:

اولاً: الاستنتاج:

نستنتج من العرض السابق ان سبب اختلاف الفقهاء في التفريق لعدم الانفاق يعود الى عدم وجود نص صريح من جهة، والتعارض بين القياس والاستصحاب من جهة اخرى، بالاضافة الى الاختلاف في ان علة الحكم هل هي ضرر الزوجة فقط او هو مع سوء قصد الزوج ؟

فمن قال بعدم التفريق: تمسك بعدم وجود النص، وبترجيح الاستصحاب على القياس. ومن قدم القياس وقاس عدم الانفاق على العنة مثلاً لاشتراكهما في علة الحكم (الضرر) قال بالتفريق. ومن لم يفرق بين حالتي الاعسار واليسار اعتبر علة الحكم هي ضرر الزوجة فقط ومن فرق بينهما وقال بالتفريق في حالة اليسار دون الاعسار قال ان العلة هي ضرر الزوجة وسوء قصد الزوج معاً.

ومن قال بعكس ذلك قال ان العلة هي الضرر فقط، وهو قابِل للزوال في حالة يسار الزوج عن طريق القضاء بخلاف حالة الاعسار ففيها لا يزول الا بالتفريق.

(١) المحلى ٩٢/١٠ وفيه: فان عجز الزوج عن نفقة نفسه وامراته غنية كلفت النفقة عليه ولا ترجع عليه بشئ من ذلك ان ايسر... برهان ذلك قول الله ﷻ: (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس الا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك) قال علي: الزوجة وارثة فعليها نفقته بنص القرآن).

ثانيا: الترجيح:

والذي اراه الاولى بالاختيار هو الاخذ بقول ابن حزم الظاهري في حالة عجز الزوج البدني والمالي عن الانفاق، ومقدرة الزوجة المالية على الانفاق على نفسها وزوجها واولادها لان رابطة الزوجية رابطة روحية فطابع الدوام فيها يقوم على اساس التعاون والمودة فعلى المرأة الكريمة ان تشاطر زوجها في السراء والضراء، وان تقاسمه في الالام والافراح.

والفقر ليس عيبا ولا نقصا يقلل من قيمة الإنسان. والمال غاد ورائع وزيد: ﴿فَأَمَّا الزُّبَدُ فَيَذْهَبُ جُفَاءً وَأَمَّا مَا يَنْفَعُ النَّاسَ فَيَمْكُثُ فِي الْأَرْضِ﴾ وفي حالة اعسار كليهما على الدولة تأمين عيشهما من خزانة الدولة (بيت المال) لان الضمان الاقتصادي للمعجزة في المجتمع من اهم واجبات الدولة.

واذا كان الزوج فقيرا وقادرا على العمل فعلى الدولة ايضا تأمين عمل شريف له.

وفي حال تعنت الزوج الموسر يجب ان يعطي للزوجة حق طلب التفريق لرفع الغبن عنها لان ازالة الضرر ورفع الظلم من واجبات القضاء وذلك بعد اعطاء الزوج مهلة كافية لاستيقاظ ضميره ورجوعه الى استئناف الانفاق على شريكة حياته. واذا ابى الزوج الانفاق والطلاق وطلبت الزوجة التفريق فعلى القاضي استجابة طلبها على ان يعتبر التفريق طلقة رجعية آخذا برأي الامام مالك (رحمه الله) وذلك لاعطاء فرصة اخرى للزوجة لاستئناف الحياة الزوجية بعد تقديم تعهد بالاستمرار على الانفاق.

ثانيا - حرمان الزوجة من المعاشرة:

الحالة الثانية للضرر الارادي هي حرمان الزوجة من التمتع بالمعاشرة الزوجية مع زوجها وهي انسان لها ما للرجل من الحق في التمتع بلذة الحياة الجنسية وغيرها بطريقة مشروعة، فحرمانها من هذا الحق بارادة الزوج مباشرة او تسببا يعطيها الخيار بين تحمل معاناة هذا الضرر، وبين مطالبة القاضي بازالته لانه ظلم ورفع الظلم في هذا الباب من اختصاص القاضي.

(١) (أَنْزَلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَسَالَتْ أَوْدِيَةٌ بِقَدَرِهَا فَاحْتَمَلَ السَّيْلُ زَبَدًا رَابِيًا وَمِمَّا يُوقِدُونَ عَلَيْهِ فِي النَّارِ ابْتِغَاءَ حُلْيَةٍ أَوْ مَتَاعٍ زَبَدٌ مِثْلَهُ كَذَلِكَ يَضْرِبُ اللَّهُ الْحَقَّ وَالْبَاطِلَ فَأَمَّا الزُّبَدُ فَيَذْهَبُ جُفَاءً وَأَمَّا مَا يَنْفَعُ النَّاسَ فَيَمْكُثُ فِي الْأَرْضِ كَذَلِكَ يَضْرِبُ اللَّهُ الْأَمْثَالَ)(الرعد: ١٧).

والهجر بالغيبة التي تشمل حالات فقدان والاسر والحبس، لان كل مفقود وكل أسير وكل سجين غائب عن زوجته. ثم ان هذه الحالات ليست هي السبب للتفريق وانما السبب الحقيقي هو الضرر الناشئ عن فراق الزوج، وحرمان الزوجة من النفقة بسبب الغيبة والفقدان والاسر والحبس، هو نفس الحرمان في حالة حضور الزوج من حيث الحكم، ما دام لم يترك مالا يُنْفَق منه على الزوجة لذا لا داعي لاعادة الخلاف المذكور في التفريق لعدم الانفاق بل تقتصر على حكم الضرر الناشئ من حرمان الزوجة من التمتع بالمعاشرة الزوجية في هذه الحالات وقد اختلف فقهاء المسلمين في التفريق لهذا الضرر على رأيين احدهما: رفض التفريق مطلقا، والثاني الاخذ بالتفصيل:

الراي الاول - الذي يعطي جميع صور الغياب حكما واحدا هو عدم جواز التفريق بالغياب من القاضي الا بعد ان يموت اقران الغائب في السن، فعندئذ للقاضي ان يحكم بوفاته اسوة بهم فتعتد زوجته عدة الوفاة.

وهذا الاتجاه هو ما تبناه فقهاء الحنفية، والظاهرية، وجمهور الزيدية، والشافعي في قوله الجديد كما في الايضاح الاتي:

قال الحنفية:

لا يفرق بين المفقود وبين زوجته لقول النبي ﷺ في امرأة المفقود: (انها امراته حتى يأتيها البيان)^(١)، ولقول علي بن ابي طالب ؓ فيها هي امراته ابتليت فلتصبر حتى يتبين الموت او الطلاق. ولان النكاح ثابت باليقين والموت في حيز الاحتمال فاليقين لا يزول بالشك. ولان عمر بن الخطاب ؓ رجع عن رأيه القائل بالتفريق بعد تأجيل اربع سنوات واتفق مع علي في رفض التفريق.

ولان الغيبة لا تقاس على الايلاء لانه طلاق معجل ولا على العنة لان الغيبة يتوقع زوالها بخلاف العنة،^(٢) وبناء على كل ذلك يحكم القاضي بموت الغائب الذي لا يُعرف مصيره بعد موت أقرانه، واما الغائب المعروف مكانا ومصريا فيجبر على الطلاق او الرجوع. ومن نافلة القول ان نقول انه راي يتعارض مع روح الإسلام ومع النصوص الامرة بوجوب ازالة الضرر ورفع غبن المتضرر.

(١) السلسلة الصحيحة للألباني ٣٣٤١

(٢) انظر الهداية شرح بداية المبتدى للمرغيناني طبعة البابي الحلبي القاهرة ٢ / ١٨١.

الظاهرية:

قال ابن حزم^١: لا يجوز فسخ نكاح احد بغيبته، ولا ايجاب عدة من لم يصح موته، ولا ان يطلق احد عن غيره. وطعن فيما روي عن عمر بن الخطاب من التأجيل لأربع سنوات ثم التفريق بأنه رواية ضعيفة... ولا يحل تحريم فرج اباحه الله للزوج، وتحليله لمن حرمه الله عليه من سائر الرجال بغير قرآن ولا سنة.

الشافعية:

قال ابو اسحاق الشيرازي^٢: وفي القول الجديد (أي للشافعي) وهو الصحيح انه ليس لها الفسخ قياساً على قسمة ماله، حيث لا يجوز الحكم بموته في قسمة امواله، وكذلك لم يجوز الحكم بموته في نكاح زوجته.

الزيدية:

تمسك جمهور فقهاء الزيدية بالقاعدة التي وردت على لسان رسول الله ﷺ (الطلاق لمن لزم بالساق)^٣. وبأن الزواج الثابت بالكتاب والسنة لا ينتهي الا بالطلاق او الموت^٤.

الراي الثاني - هو التفصيل: أي اعطاء كل صورة من صور الغياب حكمها الخاص وهذا ما اختاره فقهاء المالكية، والجعفرية، والحنابلة، وبعض فقهاء الزيدية، والشافعي في قوله القديم، وسعيد بن المسيب ومن هذا حذوهم.

المالكية:

اتى فقهاء المالكية في موضوع التفريق بالغياب بتفصيل لا نجده في أي فقه اخر كما يتبين من الايضاح الاتي:

أ- المفقود خمسة اقسام ولزوجة في كل حكم خاص:

١- مفقود بلاد الإسلام في غير وقت انتشار الوباء وفي ظرف طبيعي: تعتمد

(١) انظر المحلى ١٣٩/١٠ - ١٤٣.

(٢) المذهب ٢ / ١٤٦.

(٣) وفي رواية (لمن اخذ بالساق).

(٤) انظر تاج المذهب ٢ / ٢٨٥. البحر الزخار ٣ / ١٦٥. الروض النضير ٤ / ٤٢٨ - ٤٣٠.

- زوجته عدة الوفاة بعد التأجيل أربع سنوات^(١) من رفع امرها الى القضاء او جماعة من المسلمين عند عدم وجود القاضي.
- ٢- مفقود بلاد الإسلام وقت انتشار الطاعون او أي مرض اخر مهلك: تعتد زوجته عدة الوفاة بعد ذهاب الوباء لغلبة الظن بموته.
- ٣- مفقود المعتكك بين المسلمين: تعتد زوجته عدة الوفاة بعد انفصال الصفيين اذا شهدت البينة انه حضر صف القتال، والا حكمه كالمفقود في بلاد الإسلام المتقدم ذكره.
- ٤- مفقود المعركة بين المسلمين والكفار: تعتد زوجته عدة الوفاة بعد سنة اعتبارا من رفع الامر الى القضاء عند البعض، وبعد نظر القاضي في شأنه والسؤال والتفتيش عنه بحيث يغلب على ظنه عدم حياته، عند بعض الآخرين.

٥- مفقود ارض الشرك والكفر: حكمه حكم الاسير الذي في الفقرة التالية.

- ب- الغائب الاسير: تربص زوجته حتى يموت اقرانه فيحكم القاضي بموته لانه لا يستطيع التفتيش عنه ومعرفة مصيره.
- ومن البدهي ان هذا كان بالنسبة الى عصرهم واما اليوم فان باستطاعة القاضي معرفة مصير الاسير عن طريق المنظمات الدولية منها الصليب الاحمر.
- ج - الغائب الذي يُعرف مكانه وخبره ويُمكن الاتصال به عن طريق وسائل الاعلام يأمره القاضي بطلب من زوجته اما بالرجوع الى زوجته او نقلها اليه او طلاقها وله ان يعطيه مهلة حسب اجتهاده، فان ابى كل ذلك بعد انتهاء المهلة طُلّق عليه القاضي على ان لا تقل مدة الغياب عن سنة عند بعض وان لا تزيد عن ثلاث سنوات عند بعض الآخرين من فقهاء المالكية.

والتأجيل في جميع الصور المذكورة مشروط بشرطين:

الاول: ان تتوفر النفقة للزوجة، والا فلها طلب التفريق لعدم الانفاق.

الثاني: عدم خشية الزوجة في وقوعها في الخطيئة والاثم نتيجة حرمانها من معاشره زوجها والا فللقاضي السلطة التقديرية في التفريق دون التقييد بمدة

(١) هذا التحديد مأخوذ من قضاء عمر بن الخطاب. او من اقصى مدة الحمل في نظرهم او من اقصى مدة البريد ذهابا وايابا في زمنهم.

معينة للتاجيل.

وتصدق الزوجة في دعوى خشية الزنا، وفي دعوى تحديد مكان الزوج، وامكان الاتصال به عن طريق البريد والاعلام، وفي تضررها من غياب الزوج لان كل ذلك من الامور التي لا تُعلم الا منها.

د- الحاضر الذي هجر زوجته ومعاشرتها الجنسية دون مبرر وبقصد الاضرار بها: يسري عليه حكم الايلاء عند المالكية وان لم يقتن ذلك باليمين، فللقاضي ان يامره بالمعاشرة او الطلاق فان ابى طلق عليه بطلب من الزوجة بعد مضي اربعة اشهر^١.
هـ- المتفرغ للعبادة التارك لمعاشرة زوجته بصورة كلية: للقاضي ان يطلق عليه بطلب من زوجته ان ابى الرجوع الى المعاشرة او الطلاق.

جاء في مختصر خليل: (واجتهد^٢ وطلق في لأعزلن، او لأيتن، او ترك الوطء ضررا وان كان غائبا، او سرمد العبادة بلا اجل على الاصح)^٣.
و- اذا تعاظم الزوج دواء لقطع القوة الجنسية، او لعلاج مرض وهو يعلم ان هذا الدواء يقطعها او يشك في ذلك ثم تحققت هذه النتيجة يحق لزوجه طلب التفريق^٤.

الجعفرية:

قالوا: لا خيار لزوجة الغائب في حالتين:

الاولى: اذا كان الغائب معروف الخبر بان يُعرف انه لا يزال على قيد الحياة.

الثانية: ان يكون مجهول الخبر ولكن له ولي يُنفق على زوجته.

فان جهل خبره ولم يكن من ينفق عليها: فان لم تصبر رفعت امرها الى القاضي وعليه ان يؤجل التفريق لمدة اربع سنوات، وان يفتش عنه ويستفسر عن مصيره.

١- فان عرف حياته فعليها الصبر ابدا وعلى الامام ان ينفق عليها من بيت المال.

(١) بالنسبة للايلاء المدة تعتبر من ترك المعاشرة، وارى في هذه القضية ان تعتبر المدة من رفع دعوى الزوجة.

وللاطلاع على تفاصيل اقسام المفقود والغائب يراجع الخرخشي ١٤٩/٤ - ١٥٣ وانظر الشرح الصغير مع الصاوي ٢ / ٤٦٩.

(٢) أي اجتهد القاضي واستخدم سلطته في ضوء ظروف القضية وحاجة الزوجة.

(٣) مختصر خليل وشرحه الخرخشي ٩٣/٤.

(٤) انظر شرح الخرخشي ٤ / ٩٣، ٩٤، ١٤٩، ١٥٠، ١٥٢، ١٥٣. الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٤٦٩/٢

ب- وان لم يعرف مصيره من الحياة او المماة امرها بان تعتد عدة الوفاة بعد انتهاء الاجل (الاربع السنوات) ثم لها ان تتزوج.
فان لم تتزوج ورجع الزوج بعد ذلك فلهم قولان اظهرهما لا سبيل له عليها لانقطاع علاقة الزوجية بحكم القضاء.^١

الحنابلة:

ذهب فقهاء الحنابلة في التفريق بالغيبة الى التفصيل الاتي:

- ١- الغائب المفقود في ظرف يغلب فيه الهلاك كظرف الحرب تتربص الزوجة اربع سنوات ثم تعتد للوفاة. قال المرداوي:^٢ هذا هو المذهب وعليه جماهير الاصحاب. وتبدأ مدة التربص من فقدان تلقائيا دون حاجة الى اللجوء للقضاء في رواية اعتبرها بعض فقهاء الحنابلة هي الاصح.^٣ وفي رواية اخرى تبدأ من رفع أمرها الى القاضي ليحكم بالتربص وبعده الوفاة بعد التربص اربع سنوات.
- ب- الغائب المفقود في حالة تغلب فيها السلامة على زوجته ان تربص حتى يثبت موته. فلا تفريق لها ما دام الانفاق عليها ممكنا والا لها ذلك لعدم الانفاق لا للغياب.^٤
- ج- لزوجة الاسير حكم زوجة المفقود في الظروف الطبيعية.^٥
- د- واذا لم تكن الغيبة منقطعة ليس لها التفريق الا ان يتعذر الانفاق عليها من ماله.^٦
- هـ- وروى عن الامام احمد القول بالتفريق لزوجة الغائب المعروف مكانه ومصره اذا لم يكن الغياب بعذر بعد انذاره من القاضي بالرجوع او ترحيل الزوجة اليه او الطلاق استنادا الى قضاء عمر بضرورة رجوع الزوج الغائب الى زوجته بعد مضي أربعة أشهر وان كان غيابها بعذر.

(١) ايضاح الفوائد شرح اشكالات القواعد ٣/٢٥٢. المختصر النافع ص ٢٢٥.

(٢) الانصاف ٩/٢٨٨.

(٣) المرجع السابق ٩/٢٨٩.

(٤) المرجع السابق ٩ / ٢٨٨.

(٥) المرجع السابق.

(٦) المغني لابن قدامة ٧/٤٨٨.

بعض فقهاء الزيدية:

ذهب البعض من الزيدية الى انه اذا طالّت مدة الغيبة وكانت الزوجة تتضرر بترك النكاح فالفسخ لذلك جائز لانه اذا جاز للجنة فجوازه للغيبة الطويلة اولى، ولانه قد علم من نصوص الكتاب والسنة تحريم الامساك ضرارا^(١).
والنهي للازواج عن الضرار في غير موضع فوجب دفع الضرر عن الزوجة بكل ممكن^(٢).
ويلاحظ ان هذا الاتجاه للزيدية لم يحدد المدة وانما ترك الامر لتقدير القاضي حسب ظروف الزوجة وفي ضوء ملابسات الغياب.

الشافعي في قوله القديم:

ذهب الشافعي في قوله القديم الى القول بالتفريق والفسخ لزوجة المفقود فقط بعد التربص اربع سنوات لما روى عمرو بن دينار من ان امرأة رجل مفقود اتت الى عمر بن الخطاب فأمرها ان تمكث اربع سنوات ثم أمرها ان تعتد ثم تتزوج^(٣). ويُفهم من هذا السند للشافعي ان التربص يكون من تأريخ رفع الامر الى القضاء. وقد استند الشافعي الى القياس ايضا فقال: اذا جاز الفسخ لتعذر الوطء بالتعنين وتعذر النفقة بالاعسار، فلأن يجوز ههنا وقد تعذر الجميع اولى^(٤).

سعيد بن المسيب:

قال سعيد بن المسيب اذا فقد في الصف^(٥) تزجل زوجته سنة ثم يفرق بينهما وفي غير هذا الظرف أي في حالة تغلب فيها السلامة تزجل اربع سنوات ثم يفرق بينهما^(٦).

(١) كما في قوله تعالى (ولا تمسوهن ضرارا لتعتدوا) سورة البقرة: ٢٣٦.

(٢) انظر الروضة الندية ٥٦/٢.

(٣) المهذب ١٤٦/٢.

(٤) المهذب المرجع السابق.

(٥) أي صف الحرب.

(٦) المغني لابن قدامة ٤٩٠/٧، المحلى لابن حزم ١٠ / ١٤٠.

الاستنتاج:

نستنتج من هذا العرض ان منشأ خلاف الفقهاء في التفريق بالغيبة هو تعارض بعض الاثار مع ظاهر نصوص القرآن الكريم كتعارض ما روي من ان الرسول ﷺ قال في امراة المفقود: (انها امراته حتى ياتيها البيان) مع ظاهر قوله تعالى: ﴿فامسكوهن بمعروف﴾^(١). ومن جهة اخرى تعارض قضية الصحابة كالحلاف بين قضاء علي بن ابي طالب بخلاف ذلك وغيره.

وكذلك تعارض القياس على العنة وعدم الانفاق والايلاء مع الاستصحاب (الثابت باليقين لا يزول الا باليقين).

ثم تعارض وجهة نظر الفقهاء انفسهم في النظر الى الضرر المعنوي (حرمان الزوجة من التمتع بلذة المعاشرة) فمنهم من اعار له الأهمية ولم يفرق بين هذا الضرر المعنوي والضرر المادي (الحرمان من النفقة) ومنهم من لم ياخذ الا بالضرر المادي فقط ولكل وجهة هو موليا والله اعلم بالصواب.

الترجيح:

الافقة هو ما ذهب اليه الامام سعيد بن المسيب (رحمه الله) في ان الزوج اذا فقد في ظرف يغلب فيه الموت فالقاضي يحكم بالتفريق بعد سنة من فقدان لا من رفع الدعوى حتى لا تتضرر الزوجة ان رغبت في التفريق بتقديم طلب منها او من ينوب عنها، والا فان كان الفقدان في ظرف اعتيادي يكون التفريق بعد تأجيل اربع سنوات من تأريخ الفقدان ايضا، والاسر ان عُرف مصيره تؤجل زوجته اربع سنوات إن لم تحش عليها الفتنة والا فللقاضي ان يتصرف في ضوء ظروف الزوجة.

والغياب بحسب مدة تزيد على اربع سنوات ان طلبت زوجته التفريق تؤجل سنة من تأريخ تنفيذ الحكم. والغائب المعذور المعروف مصيره ومكانه ويتطلب عذره غياب مدة تزيد على اربع سنوات يُعطى لزوجته حكم زوجة المحبوس والغائب المعروف مكانا ومصيرا ولم يكن له عذر، لزوجته حق التفريق بعد الانذار ومضى سنة على غيابه، اخذا بما ذهب اليه بعض المالكية وذلك بغض النظر عن المدة التي يستغرقها غيابه.

(١) فَإِذَا بَلَغَ أَحْلَاهُ فَامْسْكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارْقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذُوَيْ عَدْلِ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا (الطلاق: ٢).

والحاضر الذي هجر زوجته دون مبرر وتضررت الزوجة من اجراء ذلك، يعامل معاملة المولي، فللقاضي التفريق بينهما بعد الانذار والمهلة التي يقررها القاضي حسب اجتهاده، على ان تبدأ بعد مضي أربعة اشهر (مدة الايلاء) وفقاً لما قاله المالكية من ان احكام المولي تسري على من يهجر زوجته عمدا وان لم يقتن ذلك باليمين. وذلك اخذا بعصوم النصوص الامرة برفع الحرج، وازالة الضرر، ومقاومة الظلم، ورفع الغبن، وعدم التفريق بين الضرر المادي والضرر المعنوي للمتضرر.

ولان القرآن الكريم حدد الحد الأدنى لمطالبة الزوجة بحق المعاشرة اذا حُرمت منها بأربعة اشهر في قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْذُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَإِنْ فُأُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ، وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾^١.

ولان عمر بن الخطاب رضي الله عنه في عهد خلافته سأل نساءً (ويقال انه سأل بنته حفصة): كم تصبر المرأة على الزوج؟ فقلن: شهرين، وفي الثالث يقل الصبر، وفي الرابع ينفذ الصبر. فكتب الى امراء الاجناد: ان لا تعبسوا رجلا عن إمراته أكثر من أربعة اشهر.

وقد قضى بذلك بعد ان كان يطوف ليلة في المدينة المنورة فسمع امرأة تقول:

تطاول هذا الليل وازددَ جانبه^٢ وليس الى جنبي خليل الأعبه^٣
فوالله لو لا الله لا شيء غير^٤ لززع^٥ من هذا السرير جوانبه
خافة ربي والحياء يكفني^٦ واكرم بعلي ان تُنال مراكبه^٧

ثالثاً - التفريق لمعصية يرتكبها احد الزوجين:

لهذه المعصية نماذج كثيرة في الفقه الإسلامي منها: الايلاء، واللعان^١ وردة احد الزوجين، وإباء احدهما الدخول في الإسلام بعد اعتناقه من قبل الاخر...

(١) سورة البقرة: ٢٢٦، ٢٢٧

(٢) أي انصرف وعدل. وفي رواية: واسود جانبه.

(٣) وفي رواية: وطال علي ان لا خليل الأعبه.

(٤) وفي رواية: فوالله لو لا خشية الله وحده.

(٥) زعزعه: حركة شديداً.

(٦) انظر المقني لابن قدامة ٧ / ٣٠١.

وقد سبق بيان احكام الايلاء مفصلا فلا موجب للاعادة. ولنا بالنسبة الى البقية الايضاح الاتي:

١- اللعان^١:

قد يتهم الزوج زوجته بالخيانة الزوجية بصورة مباشرة، او بطريقة غير مباشرة بأن ينفي نسب حملها او ولدها فيقول: هذا الحمل او ذاك الولد ليس مني. وهذا الاتهام قذف، فالمفروض ان تسري عليه احكامه الواردة في قوله: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون﴾^٢. غير ان الحكمة الالهية شاءت ان تكون العقوبة بطريقة اخرى حيث تسربت الشكوك الى كيان العائلة، فاستمرار الحياة الزوجية يؤدي الى نتائج سلبية تنعكس اثارها على الاولاد وبالتالي على المجتمع.

وتأسيسا على هذه الحقيقة وغيرها قال سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (٦) وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ، وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ، وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾^٣. ومقتضى هذه الايات التي بينت كيفية اللعان يجب ان تتم الاجراءات التالية:

١- ان يكون اللعان امام الحاكم او نائبه لان الأيمان والشهادات لا تكون من حيث الحجية الا امام القضاء..

٢- ان يأمر الحاكم او نائبه كلا من المتلاعنين بأن يأتي بالفاظ اللعان الواردة في هذه الايات فيقول الزوج اربع مرات: اشهد بالله انه لمن الصادقين فيما اتهم به زوجته، ثم

(١) الايلاء وموجب اللعان من اعمال المعصية اما الايلاء فواضح لما فيه من ظلم الزوجة دون مبرر. واما اللعان فلان احد الزوجين متلبس بالجريمة: جريمة الكذب او جريمة الزنا كما نص على ذلك الرسول ﷺ وقال للمتلاعنين: (وحسابكما على الله اهدكما كاذب لا سبيل لك عليها). نيل الاوطار ٦ / ٣٠٤.

(٢) اللعان: مصدر لاعن يلاعن ملاعنة مأخوذ من اللعن وهو الطرد والابعاد. ووجه المناسبة بين المعنى اللغوي والشرعي هو بعد الزوجين من الرحمة او بعد كل منهما من الآخر بحيث لا يجتمعان ابدا. عمدة القارئ شرح صحيح البخاري ٢٠ / ٢٨٩.

(٣) سورة النور: ٤.

(٤) سورة النور: ٨، ٩، ٦٧.

يقول للمرة الخامسة: لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين. وتقول الزوجة أربع مرات: أشهد بالله أنه لمن الكاذبين فيما رماني به. وفي المرة الخامسة تقول: عليها غضب الله إن كان من الصادقين.

٣- أن يتقدم لعان الزوج على لعان الزوجة اتباعاً لنظم الكتاب الكريم، واقتداءً بفعل الرسول العظيم ﷺ، ولأن لعانها إنما يكون لدرء العذاب عنها وهو لا يتوجه إليها إلا بعد لعان الزوج.

٤- موالات كلمات اللعان.

٥- تعيين كل من المتلاعنين لصاحبه بالإشارة أو المواجهة أو العنوان الكامل.

آثار اللعان:

لا خلاف^١ بين فقهاء المسلمين في أنه يترتب على اللعان بعد تمامه من الزوجين الآثار الآتية:

١- تحريم الزوجة على الزوج مدى الحياة.

٢- سقوط عقوبة القذف على الزوج، وعقوبة الزنا على الزوجة حيث لم تثبت التهمة بالبيينة.

٣- انتفاء نسب الولد أو الحمل من الأب بحكم القاضي.

٤- الفرقة بين الزوجين بعد حكم القاضي.

وأما الخلاف في هذين الأخيرين هل يترتبان على اللعان وإن لم يتصل به حكم القاضي أو لا؟ كما في التفصيل الآتي:

١- قال الحنفية^٢: - عدا زفر -، والزيدية^٣، والحنابلة في إحدى الروايتين للإمام أحمد^٤:

أن اللعان متى وجب تم بين الزوجين بصورة صحيحة ولم يطرأ عليه ما يبطله لا يترتب عليه الفرقة تلقائياً ولا قطع النسب إلا بعد أن يتصل به قضاء القاضي. فقبل هذا

(١) أي خلافاً يعتد به ولا فقد ذهب عثمان البتي إلى أنه لا تقع الفرقة باللعان ولا بالقاضي وإنما يوقعها الزوج. وقال أبو عبيد الفرقة تقع بنفس القذف وإن لم يكن هناك لعان. انظر عمدة القارئ شرح صحيح البخاري ٢٠/٢٩٥.

(٢) بداية المبتدى وشرحه الهداية مع فتح القدير ٤/٢٨٥-٢٨٦.

(٣) التاج المذهب ٢/٢٦٣-٢٦٤.

(٤) المغنى لابن قدامة ٧/٤١٠.

الحكم الزوجية قائمة، والنسب باق. وبناء على ذلك اذا تأخر حكم القاضي او تعذر لسقوط اللعان صحّ طلاق الزوج لهذه الزوجة، وظهاره، وايلاه، ويتوارثان واستدلوا على ذلك بالحديث الشريف، وبالقياس، وبالاتصحاب.

الحديث:

هناك روايات كثيرة تدل على ان الرسول ﷺ تولى بنفسه الحكم بالتفريق بين المتلاعنين بعد لعانتهما، ومنها:

ما روي عن نافع عن ابن عمر (رضي الله عنهما) من ان النبي ﷺ لاعن بين رجل وامرأته فانتفى من ولدها ففرق بينهما وألحق الولد بالمرأة.^(١) وما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما من انه قال: لاعن النبي ﷺ بين رجل وامرأة من الانصار ففرق بينهما.^(٢)

وما روي عن عبيد الله عن نافع ان ابن عمر اخبره ان رسول الله ﷺ فرّق بين رجل وامرأته قذفها واحلفهما.^(٣)

وما روي من ان عويمر المجلاني قال بعد اللعان: كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها فطلقها ثلاثاً قبل ان يأمره رسول الله ﷺ.^(٤)

وجه الاستدلال:

ان الروايات الثلاث الاولى تدل صراحة على ان الرسول ﷺ قضى بنفسه بالتفريق بين المتلاعنين بعد لعانتهما، وذلك يكفي لاثبات ان الفرقة تقع بعد قضاء القاضي.

ويُفهم من طلاق عويمر بعد اللعان وسكوت الرسول ﷺ ان الفرقة لم تقع بمجرد لعانتهما والا فلا يبقى مبرر للطلاق.

(١) عمدة القارئ شرح صحيح البخاري للعيني ٣٠١/٢٠ نيل الاوطار ٢٩٩/٦.

(٢) عمدة القارئ المرجع السابق ٢٠/ ٢٩٥، فتح الباري شرح صحيح البخاري ٤٥٨/٩.

(٣) عمدة القارئ المرجع السابق.

(٤) نيل الاوطار ٣٠٠/٦.

القياس:

قالوا: اللعان اما شهادة مؤكدة باليمين واما يمين وكل منهما لا اثر له في زوال الحق ما لم يتصل بالقضاء قياسا على الشهادات والايمان في القضايا الاخرى التي لا يترتب عليها الاثار الا بعد حكم القاضي.

الاستصحاب:

قالوا: ان حكم الزواج ثابت بسبب شرعي (عقد الزواج) يقينا ولا يزول الا بسبب شرعي (الطلاق)، واذا وجبت ازالته، وامتنع الزوج، او عجز قام القاضي مقامه. ٢- وذهب المالكية^١ والجعفرية^٢ والظاهرية^٣، وزفر من الحنفية^٤، ورواية للحنابلة^٥ الى ان الفرقة تتم بتمام لعان الزوجين. واستدلوا على ذلك بالحديث وبالقياس.

الحديث:

كما توجد روايات في الاحاديث الشريفة تؤيد ان الفرقة لا تقع الا بعد حكم القاضي، كذلك رويت احاديث اخرى يؤخذ منها حصول الفرقة بلعان الزوجين وان لم يقتن بحكم القاضي، ومنها: قول الرسول ﷺ (المتلاعنان لا يجتمعان)^٦. أوجه الاستدلال به هو ان القول ببقاء الزواج بعد تمام لعانها يصطدم مع هذا النص. وقول الرسول ﷺ للزوج الملاعن -بعد لعانه-: (لا سبيل لك عليها) قالوا: لفظ (سبيل) نكرة في سياق النفي يفيد العموم. وقول علي عليه السلام وابن مسعود (مضت

(^١) في شرح الخرشى (١٣٤/٤): (ان ثمرة اللعان ستة اشياء ثلاثة مترتبة على لعان الزوج: رفع الحد عنه: وايجاب الحد على الزوجة. وقطع نسبه من حمل او ولد منفي. وثلاثة مترتبة على لعان الزوجة: رفع الحد عنها. وفسخ نكاحها اللازم. وتابيد حرمتها).

(^٢) في ايضاح الفوائد (٤٥١/٣): (يتعلق بلعانها معا احكام اربعة: الفراق فلا تصيروارثا. التحريم المؤبد فلا تحل له ابدا. سقوط الحدين. انتقاء الولد عن الرجل دون المرأة. ولا تقتصر الفرقة على تفريق الحاكم بينهما بل تحصل بنفس اللعان. وفرقة اللعان فسخ لا طلاق).

(^٣) في المحلى (١٤٣/١٠): (فان التعتن برئت من الحد وينفسخ نكاحها منه وحرمت عليه ابد الابدين، ولا تحل له اصلا، وبتمام اللعان تقع الفرقة).

(^٤) في الهداية مع فتح القدير (٢٨٦/٤): وقال زفر تقع الفرقة بتلاعنها لانه تثبت العرمة المؤبدة بهديث (المتلاعنان لا يجتمعان ابدا).

(^٥) في المغني ٤١/٧ والرواية الثانية تحصل الفرقة بمجرد لعانها وهو قول مالك وداود وزفر.

(^٦) نيل الاوطار ٣٠١/٦.

السنة في المتلاعنين ان لا يجتمعا ابدا^(١). فهذا يدل على ان لعان الزوجين يترتب عليه التحريم المؤبد وهو يستلزم وجود الفرقة بعد اللعان مباشرة. وقال الباجي^(٢): حديث عويمر حجة على ان الفرقة تقع بعد اللعان وان لم يقتن بال قضاء، بدليل انه ورد فيه (قبل ان يأمره رسول الله به) اذ هذا الكلام يدل على ان الفرقة تقع من غير حكم الحاكم.

القياس:

قالوا: ان هذه الفرقة كالفرقة بالتحريم بالرضاع والمصاهرة في انها تقتضي التحريم المؤبد، فكما ان حكم المقيس عليه لا يحتاج الى القضاء فكذلك حكم المقيس^(٣).

٣- وقال الشافعية: ان الفرقة تقع بتمام لعان الزوج وان لم تلتعن الزوجة^(٤) ولم يحكم بها القاضي^(٥). ولا نجد - حسب ما اعلم - احد من فقهاء المسلمين يتفق مع الشافعية في قولهم بالفرقة بمجرد لعان الزوج.

وقد اشتبه الامر على الاستاذ الشيخ فرج السنهوري (رحمه الله) حيث قال: (وقيل تقع الفرقة ايضا بتمام لعان الزوج وان لم تلتعن المرأة وهو ظاهر قول مالك في الموطأ وقول اصبغ)^(٦).

وهذا مخالف تماما لما جاء في الموطأ وشرحه المنتقى مما نصه: (ولا تقع الفرقة بالتلعان الزوج حتى تكمل المرأة الالتعان) خلافا للشافعي في قوله تقع الفرقة بالتلعان الزوج وروى اصبغ عن ابن القاسم في العتبية ان الفرقة تقع بلعان الزوج ولكن لا تتم الا

(١) المرجع السابق ٣٠٤/٦.

(٢) المنتقى شرح الموطأ للباجي ٧٣/٤.

(٣) المنتقى شرح الموطأ ٧٣/٤.

(٤) في قليوبي وعميرة (٣٧/٤): (ويتعلق بلعانه فرقة ولو كان كاذبا او لم تلعن هي اولم يحكم الحاكم به)

(٥) في شرح التحرير مع الشرقاوي (٣٠٨/٢ - ٣٠٩): (ويحصل بلعانه ستة احكام: انتفاء نسب نفاه به.

ودره الحد عنه لها وتحريم المرأة مؤبدا. وايجاب الحد عليها. وانفساخ النكاح ظاهرا وباطنا كالرضاع.

وسقوط حضانتها في حقه) وعلق الشرقاوي على تعبير (بلعانه قائلًا): (أي بعد فراغه منه من غير

توقف على لعانها ولا قضاء القاضي).

(٦) استاذنا الشيخ فرج السنهوري، محاضرات في موضوع (النسب) القاها على طلبة الدراسات العليا -

كلية الحقوق - جامعة القاهرة ١٩٧٢ ص ٦٢ وكنت احد تلاميذه انشد جزاء الله عنا خير الجزاء.

بلعانها. وهذا الخلاف في المذهب انما هو خلاف في عبارة، لان الفرقة لا تتبع بعض، ولا خلاف عند اصحابنا انها لو لم تلاعن لم تثبت بينهما فرقة وكذلك لو أكذب نفسه قبل تمام التعانها وقد نص عليه مالك^(١).

ويتضح لنا من هذا الكلام:

١- ان احداً من المالكية لم يتفق مع الشافعي لان من قال تقع الفرقة بلعان الزوج قال لا تتم الا بلعانها.

٢- ان من قال تقع بلعان الزوج اذا تم لعان الزوجة بعده لا يختلف في المعنى مع من قال لا تقع الا بلعانها، لان الخلاف لفظي كما قال الباجي: (انما هو خلاف في عبارة).

٣- لم يقل احد من المالكية اذا لم تتلاعن الزوجة تقع الفرقة، خلافا لما اجمع عليه الشافعية من ان لعان الزوج تترتب عليه الفرقة وان لم تتلاعن الزوجة او لم يحكم القاضي بها.

٤- قول الباجي (وقد نص عليه مالك) يعني انه نص على ان من اكذب نفسه قبل تمام لعان زوجته لا تقع الفرقة.

الترجيح:

ارى ان الاقفة هو ما ذهب اليه الحنفية ومن هذا حذوهم لسببين:

الاول - ثبوت قضاء الرسول ﷺ بالفرقة بعد لعان المتلاعنين وذلك في روايات كثيرة كما ذكرنا.

الثاني - اجماع فقهاء المسلمين على ان اللعان يجب ان يكون امام القاضي او من ينوب عنه. ومن البدهي ان كل اجراء قضائي يجب ان ينتهي بحكم القاضي.

٢- ردة احد الزوجين:

الموتد: هو الذي يكفر بعد الإسلام سواء أكان الكفر قد سبق اسلامه ام لا، وسواء كان الارتاد بالفعل كالسجود والعبادة لمخلوق من الجماد او النباتات او الحيوان او الإنسان، وكالقاء القرآن في القاذورات، وكل فعل آخر يدل صراحة على الاستهزاء بالدين الإسلامي...

(١) انظر المنتقى شرح الموطأ ٤ / ٧٣.

ام كان بالقول كلفظ دال صراحة على انكار ما علم ثبوته من الإسلام ثبوتاً بدهيا او على تحريم ما حله الإسلام او تحليل ما حرمه... وسواء كان كل ذلك عنادا ام اعتقادا ام استهزاء...

ويشترط في المرتد البلوغ، والعقل، والاختيار، والقصد.

وللمرتد احكام كثيرة والذي يهنا هنا حكم زواجه اذا كان متزوجا.

لا خلاف بين فقهاء المسلمين - باستثناء الظاهرية - في ان ارتداد احد الزوجين قبل الدخول تترتب عليه الفرقة مباشرة^(١).

لا خلاف في ان ارتداد احدهما سيؤدي حتما الى الفرقة بعد انقضاء العدة اذا لم يتراجع خلالها في حالة كون الارتداد بعد الدخول.

وانما الخلاف في ان الفرقة هل تحصل بعد الارتداد دون انتظار انقضاء العدة اذا كان بعد الدخول او لا؟ حسب التفصيل الاتي:

١- ذهب الحنفية^٢ والمالكية^٣، والحنابلة في احد القولين^٤، والزيدية: الى ان ارتداد احد الزوجين تترتب عليه الفرقة سواء كانت الردة قبل الدخول او بعده، لكن قال الحنفية ان ارتدا معا ثم اسلما معا فهما على نكاحهما، لان بني حنفية ارتدوا في زمن ابي بكر ثم اسلموا فاقروهم على انكحتهم ولم يأمرهم بتجديد الأنكحة بمحضر الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير من احدهم فكان اجماعا سكونيا^٥.

(١) في ايضاح الفوائد شرح القواعد (١٠٤/٣): (اتفق علماء الاسلام الا نواد الظاهري على انه اذا ارتد احد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح).

(٢) في الاختيار لتعليل المختار (١٦٢/٣ - ١٦٣): (اذا ارتد احد الزوجين وقعت الفرقة بغير طلاق. وقال معمد: ان كان المرتد هو الزوج فالفرقة طلاق. فان كان الارتداد بعد الدخول فلها مهر المثل وقبله لا شي لها ولا نفقة. وان كان المرتد الزوج فالكمل بعد الدخول ونصف قبله).

(٣) في الشرح الصغير مع الصاوي (٢ / ٣٨٨): (فان ارتد المحصن احصانه فاذا اسلم وزنى لا يرجم). وفيه ايضا (فاذا حل الشخص ثم ارتد ثم رجع للإسلام لا تحل لمبته حتى تنكح زوجا لانها ابطلت النكاح الذي احلها). وفي شرح الحطاب (٤٧٩/٣): (ان ردة احد الزوجين طلاق بائنة).

(٤) في التاج المذهب (٨/٢): (فاذا كان الاختلاف بان ارتد احدهما فانه يفسخ النكاح وتبين الزوجة في الحال وسواء كانت مدخولا بها ام غير مدخولة. قال الامام (عليه السلام): وهو الذي قصدنا بقولنا ويرتفع النكاح بتجرد اختلاف الملتين أي بطرد اختلاف ملتى الزوجين).

(٥) الاختيار لتعليل المختار ١٦٣ / ٣.

ويناقض هذا الرأي ما قاله ابن حزم رضي الله عنه من ان اهل الردة كانوا قسمين: قسم لم يؤمن قط كاصحاب مسيلمة وسجاح فهؤلاء حرييون لم يُسلموا قط لا يختلف احد في انهم تُقبل توبتهم واسلامهم. والقسم الثاني: قروم اسلموا ولم يكفروا بعد اسلامهم لكن منعوا الزكاة من ان يدفعوها الى ابي بكر رضي الله عنه فعلى هذا قُتلوا^١ اذن لا حجة للحنفية في هذه الواقعة.

ب- وقال الشافعية^٢ والجعفرية^٣، والحنابلة في احدى روايتي الامام احمد^٤: الارتداد من احد الزوجين او كليهما قبل الدخول تترتب عليه الفرقة حالا. اما بعد الدخول فلا تُعتبر رابطة الزوجية منتهية ما لم تنقض العدة والمردت على ارتداده، وبناء على ذلك اذا رجع الى الإسلام قبل الانتهاء العدة تكون الزوجية قائمة ومستمرة دون حاجة الى تجديد الزواج. غير ان فقهاء الجعفرية ذهبوا الى تفصيل لم اراه لدى أي مذهب اخر من المذاهب الإسلامية وهو التفريق بين مرتد كان مسلماً بالفطرة بأن كان من ابيوين مسلمين تولد مسلماً ونشأ مسلماً، ثم ارتد وهو بالغ عاقل مختار وبين مرتد اسلم بعد ان لم يكن مسلماً، حيث استخدم فقهاء الجعفرية الشدة ضد مرتد كان مسلماً بالفطرة قالوا: ان ارتد انفسخ النكاح في الحال ولو كان بعد الدخول لانه لا يُقبل عودته الى الإسلام وان التفريق بين حالتي الدخول وعدم الدخول انما يكون بالنسبة لمرتد كان متحولاً من غير الإسلام الى الإسلام.^٥

(١) المحلى ١١ / ١٩٣.

(٢) في المذهب (٢ / ٥٤): (اذا ارتد الزوجان او احدهما: فان كان قبل الدخول وقعت الفرقة. وان كان بعد الدخول وقعت الفرقة بعد انقضاء العدة فان اجتمعا على الاسلام قبل الانقضاء فهم على النكاح.

(٣) في شرائع الاسلام (٣ / ١٠٦): (ولو اسلم ثم ارتد فانقضت العدة من حين اسلامها على كفرها تبين الفسخ من حين الاسلام وان اسلمت في العدة تبين عدم الفسخ في الاسلام وتخرب لها العدة من حين الارتداد فان عاد اليها فهو احق بها والا بانث من حين ردت).

(٤) في المقني (٦ / ٦٣٩): (قال احمد في رواية منصور اذا ارتدا معا او احدهما ثم تابا او تاب فهو احق بها ما لم تنقض العدة) ويلاحظ ان هذا اذا كانت الردة بعد الدخول.

(٥) في شرائع الاسلام (٢ / ٢٥٩): (المردت الذي يكفر بعد الاسلام له قسمان: الاول - من ولد على الاسلام وهذا لا يقبل اسلامه لو رجع ويهتم قتله وتبين منه زوجته ... القسم الثاني من اسلم عن كفر ثم ارتد فهذا يستتاب فان امتنع قتل واستتابته واجبة. وينفسخ العقد بينه وبين زوجته ويقف نكاحها على انقضاء العدة وهي كمدة المطلقة).

ومنشأ خلاف الفقهاء في ما يترتب على ارتداد احد الزوجين، او كليهما هو الاختلاف في تفسير قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَاثْبُتُوهُنَّ أَلَمْ يَأْمَنَهُنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا مِنْ حِلٍّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَآتُوهُنَّ مَا أَنْفَقُوا وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ وَلَا تُمْسِكُوا بِعَصَمِ الْكُوفَرِ... الآية...﴾^(١)

ج- إباء احد الزوجين الإسلام بعد اعتناقه من الآخر:

يترتب على اسلام احد الزوجين او كليهما احكام تتعلق بعلاقتهما الزوجية منها متفق عليها ومنها تختلف فيها:
الاحكام المتفق عليها:

١- لا خلاف في ان الزوجين غير المسلمين اذا اسلما معا بقيا على زواجهما السابق ان لم يكن هناك مانع من موانع الزواج كالنسب والرضاع. وان تم عقد زواجهما في حينه بدون ولي ولا شهود، لانه اسلم اناس كثيرون في عهد الرسالة فاقرهم الرسول ﷺ على انكحتهم ولم يسألهم عن مثل هذه الشروط.

٢- لاخلاف بين الفقهاء -بإستثناء الزيدية^٢- في انهما اذا كانا كتابيين كالمسيحيين واليهود يُعتبر زواجهما مستمرا ان اسلم الزوج واحتفظت الزوجة بالبقاء على دينها، لان للمسلم ان يتزوج الكتابية فما جاز ابتداء يجوز بقاء أيضا.

٣- لا خلاف في انه اذا اسلمت الزوجة وحدها وامتنع الزوج عن الإسلام بعد عرضه عليه يفرق بينهما لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَاثْبُتُوهُنَّ... الآية...﴾.

(١) يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَاثْبُتُوهُنَّ أَلَمْ يَأْمَنَهُنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا مِنْ حِلٍّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَآتُوهُنَّ مَا أَنْفَقُوا وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ وَلَا تُمْسِكُوا بِعَصَمِ الْكُوفَرِ وَأَسْأَلُوا مَا أَنْفَقْتُمْ وَلَيْسَ أَلَا مَا أَنْفَقُوا ذَلِكَ حُكْمُ اللَّهِ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ (الممتحنة: ١٠). للاطلاع على اختلاف الفقهاء في تفسير هذه الآية راجع تفسير القرطبي (الجامع لاحكام القرآن لابي عبد الله محمد بن احمد الانصاري القرطبي ١٨ / ٦٠-٦٨).

(٢) يرى بعض فقهاء الزيدية ان الزواج يفسخ بمجرد اسلام احد الزوجين سواء كان ذلك قبل الدخول او بعده لقول الرسول ﷺ (لا نكاح بين اهل ملتين). انظر البحر الزخار ٧٢/٢.

٤- لا خلاف في انه اذا اسلما معا وكان بينهما مانع من موانع الزواج في ميزان الشريعة الإسلامية يُفرق بينهما.

وانما الخلاف في ما عدا ذلك على التفصيل الآتي:

قال الشافعية^١، والجعفرية^٢، والحنابلة^٣ الا في رواية للامام احمد^٤: الزوجان اما ان يكونا كتابيين او لا ولكل حكمه الخاص.

١- اذا كانا كتابيين او كانت الزوجة كتابية:

أ- ان اسلم الزوج دون الزوجة يبقى الزواج مستمرا سواء كان ذلك قبل الدخول او بعده ما لم يكن هناك مانع من موانع الزواج بينهما.

ب- وان اسلمت الزوجة فقط تقع الفرقة حالا في حال عدم دخول وتقع بعد انقضاء العدة اذا كان الإسلام بعد الدخول وان اسلم الزوج خلال مدة العدة بقى الزواج مستمرا ما لم يكن هناك مانع شرعي من مواعنه.

٢- واذا كانا غير كتابيين واسلم احدهما قبل الاخر:

أ- ان كان الإسلام قبل الدخول تقع الفرقة حالا.

ب- وان كان بعد الدخول فلا فرقة ما لم تمض مدة تساوي مدة العدة مع اصرار الطرف غير المسلم على امتناعه عن الدخول في الإسلام.

وانما قالوا بالفرقة قبل الدخول حالا في جميع الصور لان الزواج قبل الدخول غير متأكد بخلاف ما بعده.

وفرق الحنيفة بين دار الإسلام ودار الحرب:

أ- اذا كان اسلام احد الزوجين في دار الإسلام:

١- فان اسلمت الزوجة عرض على الزوج الإسلام فان اسلم فهي زوجته، وان ابى

القاضي بينهما، فالتفريق مبني على الإباء الذي هو معصيته دون الإسلام

هو عبادة وطاعة. والتفريق طلاق عند ابي حنيفة ومحمد لانه مبني على إباء

الزوج، وفسخ عند ابي يوسف لأنه مبني على سبب مشترك.

(١) المذهب ٢ / ٥٢.

(٢) انظر ايضاح الفوائد ٣ / ١٠٥، شرائع الاسلام ٢ / ١٩.

(٣) في المغني (٦ / ٦١٤) اذا اسلم احد الزوجين غير الكتابيين او كتابي وغير كتابية قبل الدخول حصلت الفرقة بينهما حالا ويكون ذلك فسخا لا طلاق وللإمام احمد رواية وقف التفريق على انقضاء العدة (أي كما هو الحال اذا اسلم احدهما بعد الدخول).

٢- وان اسلم الزوج والزوجة غير كتابية: فان اسلمت بعد عرض الإسلام عليها فالزواج باق والا فرق القاضي بينهما.

ب- وان كان الإسلام في دار الحرب:

١- فان كانا كتابيين او الزوجة كتابية واسلم الزوج يبقى الزواج مستمرا ما لم يكن هناك مانع.

٢- وان لم تكن الزوجة كتابية فاسلم احدهما، او كانت كتابية فاسلمت هي دونه ففي صورتين تتوقف البينة بينهما على مضي العدة وعدم اسلام الاخر خلالها لانه لا بد للفرقة بينهما من عرض الإسلام على الطرف غير المسلم، ولا قدرة على العرض في دار الحرب فتحل العدة محله سواء كان ذلك قبل الدخول او بعده^(١).

المالكية:

ولفقهاء المالكية تفصيل اخر كما يلي:

أ- اذا اسلم الزوج والزوجة غير الكتابية:

١- ان كان قبل الدخول: فعن مالك توقف الفرقة على معرفة موقف يفرق الزوجة فان اسلمت والا فرق بينهما. وهذا يتفق مع رأي الحنفية. وقال اشهب واصبغ من فقهاء مالك تنقطع العصمة بينهما حالا. وهذا يتفق مع الشافعية والحنابلة والزيدية.

وجه قول المالكية: ان اسلام الزوج انما يُمنع استدامة النكاح ولا يتضمن ايقاع فرقة والذي يقتضيها هو ابراء الطرف الاخر. ووجه قول اشهب واصبغ: المانع من استدامة نكاحهما هو اسلام احد الزوجين دون الاخر فاذا وجد قبل البناء فانه يقطع العصمة كما لو اسلمت الزوجة اولاً.

٢-

وان كان اسلامه بعد الدخول فقال مالك يُعرض عليها الإسلام فان اسلمت والا فُسُخ نكاحها وهذا ايضا يتفق مع رأي الحنفية وعن ابن القاسم يُعرض عليها الإسلام. وتُعطى لها مهلة من يوم الى ثلاثة ايام.

وقال اشهب يُعرض عليها الإسلام ففي حالة العرض لا مهلة لها فان اسلمت

(١) الاختيار لتعليل المختار ٣ / ١٦٠. شرح فتح القدير ٣ / ٤١٨ - ٤٢٢.

والا فلا سبيل له اليها. وهذا مبني على ان اسلام الزوج لا تقع معه الفرقة وانما الفرقة بالحكم بعد العرض او بالاغفال، ففي حالة عدم العرض (الاغفال) لها مهلة لمدة شهر عند ابن القاسم ثم يُفرق بينهما. وعند اشهب الفرقة تكون بامتناعها وانقضاء العدة.

وبذلك فرقوا بين حالة عرض الإسلام على الزوجة وبين حالة الاغفال وعدم العرض وترك الامر لارادتها واختيارها ان شاءت اسلمت وان شاءت اصررت.

ب- اذا اسلمت الزوجة قبل الزوج:

١- اذا كان الإسلام قبل الدخول ولم يتبع اسلامها اسلام الزوج وقعت الفرقة بينهما حالا.

٢- وان كان الإسلام بعد الدخول فان اسلم الزوج في عدتها او اسلمها معا قرر بقاء زواجهما وان اسلم بعد العدة فرق بينهما بالاجماع^١.

الزبدية:

فرقوا بين احكام الذميين والحريين كما يلي:

١- اذا كانا حريين فاسلم احدهما:

١- قبل الدخول تبين بمجرد اسلامها او اسلامه.

٢- بعد الدخول تبين باختلاف الدين مع مضي العدة.

ب- واذا كانا ذميين واسلم احدهما: تقع الفرقة باحد الامرين الاتيين:

١- بمضي مدة تعادل مدة العدة سواء كانت مدخولة ام غير مدخولة ان لم يسلم الاخر خلال هذه المدة.

٢- او يُعرض الإسلام على الذي لم يسلم فان امتنع تقع البيئونة بامتناعه ولو لم تمض العدة^٢.

وارى ان الافقه هو ما ذهب اليه الحنفية لما يلي:

١- التفريق بين حكم المدخول بها وغير المدخولة راي اجتهادي محض لا يؤيده نص ولا قياس.

(١) انظر المنتقى شرح الموطأ ٣/٣٤٦. الشرح الصغير مع الصاوي ١/٣٧٧ - ٣٧٨.

(٢) التاج المذهب ٢ / ٨٠ - ٨١. البحر الزخار ٣/٧٢.

- ٢- الفرقة بمشابة العقوبة على المعصية فهي لا تترتب على اسلام احد الزوجين وانما على ابناء الاخر بعد تأكده بالعرض. اذ ان عرض الإسلام على الزوج الاخر عنصر يجب ان يتوفر ان امكن ذلك.
- ٣- اعتبار مضي مدة العدة - في حالة تعذر العرض - قرينة قائمة مقام العرض المطلوب لتدل على الالباء صراحة.
- ٤- لتثبيت اسلام المسلم من احد الزوجين وتأكيد ابناء الطرف الاخر من الضروري ان يتم التفريق على يد القضاء..
- ٥- اعتبار تفريق القاضي المبني على الالباء بعد العرض طلاقا اذا كان الممتنع زوجا، وفسخا ان كان الرفض من الزوجة كما ذهب الى ذلك ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله: وهو فرق دقيق نابع من عمق فقهيه لهديين الفقيهيين العظيمين.

رابعاً - اعتداء احد الزوجين على الاخر:

- المصدر الرابع للمضر الارادي هو الشقاق واعتداء احد الزوجين على الاخر بفعل كالضرب او كلام كالشتم او بكليهما كالاهانة...
- ولرفع الضرر الناشئ من سوء التفاهم والتشاجر والشقاق، ولدفع استمراره. ولنع نتائجه السيئة على الزوجين والاولاد مباشرة وعلى المجتمع تسببا، امر القرآن الكريم بتدخل التحكيم المشكل من حكم من اهل الزوج واقاربه وحكم من اهل الزوجة وذويها، فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعُثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا^(١)﴾.
- سبق ان بينا ما يتعلق بالشروط التي يجب توافرها في الحكمين. والذي يهمنا هنا هو مدى سلطتهما في التفريق بين الزوجين في حالة عدم تيسر الاصلاح كما في التفصيل الاتي:
- ١- لا خلاف بين فقهاء الشريعة في جواز ارسال الحكمين الى الزوجين اذا وقع بينهما التشاجر وجُهلَت احوالهما فيه فلم يُعرف السبب ولا المقصر منهما وذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعُثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا..... الاية﴾.

٢- لا خلاف في أن الحكمين يكونان من أهل الزوجين أن أمكن ذلك أحدهما من أهل الزوج والآخر من أهل الزوجة وذلك للحفاظ على أسرار العائلة من جهة، ولما لهما من الحرص على الإصلاح بدافع صلة القرابة من جهة أخرى.

٣- لا خلاف في أن حكم الحكمين إذا اختلفا فيما وصلا إليه من نتائج دراسة أحوال الزوجين لا يُنفذ وإنما يبذلان بآخرين، أو يُضاف إليهما ثالث.

وإنما الخلاف في مدى سلطة الحكمين في التفريق المبني على الاختلاف في طبيعة هذين المصلحين، هل لهما صفة الحكم بالمعنى الشرعي الحقيقي لهذا المصطلح؟ فعندئذ لهما حق التفريق إن فشل الإصلاح، أو انهما وكيلان يجب أن يلتزما بأن يتصرفا في حدود الوكالة فلا تفريق ما لم يسبقه إذن بذلك من الزوج؟

وانبثاقا من هذا الواقع انقسم الفقهاء الى فريقين: فريق اقرار السلطة وفريق الرفض. **الفريق الاول** - يتكون من فقهاء المالكية، والزيدية، والشافعية في أحد قوليه، والامام احمد في إحدى روايته:

المالكية:

قالوا: يجب على الحكمين الإصلاح ما استطاعا فإن تعذر حكما بالتفريق، ونفذ حكمهما من القاضي ظاهرا وباطنا، وإن لم يرض به الزوجان والقاضي، أو كان الحكم مخالفا لمذهب القاضي، إذ لا يشترط موافقتهما له في المذهب. سواء كان الحكمان من جهة الزوجين أو من جهة القاضي. لكن عليهما أن يقتصرأ على طلبة واحدة لأن هذا التفريق للضرورة والضرورات تقدر بقدرها. وأما كون الطلاق مجانا أو بعوض (خلعا) فهو منوط بالنتيجة التي يصل إليها الحكمان من دراسة أحوال الزوجين، ومعرفة أساس الشقاق والطرف المقصر، فعندئذ يكون الطلاق بلا عوض إن كانت الإساءة من الزوج، وبعوض إن كانت من الزوجة، وإن إساءة معا بأن كان كل منهما يضر صاحبه تعين الطلاق بلا عوض عند أكثر فقهاء المالكية. ويرى المالكية أن على القاضي أن يُنفذ حكمهما بالتفريق والطلاق، ولا يجوز له تعقبه ولا نقضه وإن خالف مذهبه وذلك لقوله تعالى: ﴿فَابْتَئِرُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا... الآية﴾ فسامها القرآن حكمين^(١).

(١) انظر المنتقى شرح الموطأ ٤/ ١١٣ - ١١٥. شرح الخرشبي ٤/ ٨ - ١٠. الشرح الصغير مع الصاوي

الزيدية:

يرى بعض فقهاء الزيدية: ان على الحكمين بعد مخاصمة كل من الزوجين ان يجتهدا في الجمع بالتراضي فان تعذر فالفرقة على عوض او غير حسبما يريان ^١.

الشافعي في احد قوليه:

واختلف راي الشافعي في صفة الحكمين وبالتالي في سلطتهما فقال في احد قوليه: هما حكمان فلهما ان يفعلا ما يريان من الجمع او التفريق بعوض وغير عوض لقوله تعالى: ﴿فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها... الاية﴾. حيث لم يعتبر القرآن رضا الزوجين ^٢.

الامام احمد في احدى روايته:

عن الامام احمد رحمه الله روايتان: احدهما انهما حكمان، ولهما ان يفعلا ما يريان من جمع وتفريق بعوض وغير عوض ولا يحتاجان الى توكيل الزوجين ولا رضاهما. ويرى هذا الراي عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه، وابن عباس رضي الله عنه، وابي سلمة بن عبد الرحمن، والشعبي، والنخعي، وسعيد بن حبيب، والاوزاعي، واسحاق، وابن المنذر لقوله تعالى: ﴿فابعثوا حكما من اهله.... الاية﴾ ^٣. ويبدو ان اهم دليل استند اليه هذا الراي هو هذه الاية الكرمة حيث فسروها بما يؤيد اجتهادهم من انهما حكمان وليسا وكيلين فلهما سلطة الاصلاح والتفريق في وقت واحد.

الفريق الثاني - قالوا: ان الحكمين وكيلان وليس لهما الا سلطة الاصلاح او تقديم تقرير الى القاضي يرفعان فيه ما وصلا اليه من نتائج دراسة احوال الزوجين، ولهما حق التوصية اما بابقاء واستمرار الزوجية بعد حل المشاكل القائمة، او ترصية الطلاق من الزوجين فان ابي فالتفريق من القاضي على راي من يقول بسلطة القاضي في ذلك. وقد تبنى هذا الاتجاه فقهاء الحنفية، والجعفرية، والظاهرية، وبه قال الشافعي في احد

(١) البحر الزخار ٩٠/٣.

(٢) المهذب ٢/ ٧٠، المغني لابن قدامة ٤٩/٧.

(٣) (وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ان يريدوا اصلاحا يوفق الله بينهما ان الله كان عليما خبيراً) (النساء: ٣٥). المغني لابن قدامة ٤٩/٧.

قوله، والامام احمد في احدى روايته، كما في التفصيل الاتي:

الحنفية:

قال الجصاص: ان الحكمين عند ابي حنيفة واصحابه وكيلان احدهما وكيل الزوجة والاخر وكيل الزوج بدليل قوله تعالى: ﴿ان يريدوا اصلاحا يوفق الله بينهما﴾ ولم يقل ان يريدوا فرقة^١.

الجعفرية:

قال فقهاء الجعفرية: ان الحكمين وكيلان ليس لهما سلطة التفريق، وانما مهمتهما تقتصر على محاولة اصلاح، ثم تقديم تقرير الى القاضي ان تعذر اصلاح. فما لم يكونا محولين من الزوجين بالطلاق (او التفريق) ليس لهما ذلك^٢.

الظاهرية:

قال ابن حزم الظاهري (رحمه الله): ليس في الآية ولا شئ من السنن ان للحكمين ان يفرقا، ولا ان ذلك للحاكم. وقال جل وعلى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾. فصح انه لا يجوز ان يطلق احد على احد، ولا ان يفرق بين رجل وامراته الا حيث جاء النص بوجوب فسخ النكاح فقط، ولا حجة في قول احد دون رسول ﷺ^٣.

الشافعي في أحد قوليهِ:

قال ابو اسحاق الشيرازي (رحمه الله): (واختلف قوله في الحكمين فقال في احد القولين: هما وكيلان فلا يملكان التفريق الا باذنهما لان الطلاق الى الزوج وبذلك المال الى الزوجة فلا يجوز الا باذنهما)^٤.

الامام احمد في احدى روايته:

قال ابن قدامة (رحمه الله): (واختلف الرواية عن احمد (رحمه الله) في الحكمين ففي احدى الروايتين عنه انهما وكيلان لهما لا يملكان التفريق الا باذنهما)^٥.

(١) احكام القران للجصاص ١٥١/٣ - ١٥٤.

(٢) شرائع الاسلام ٤٢/٢، المختصر النافع ص ٢٧١.

(٣) المطلى لابن حزم ٨٨/١٠.

(٤) المذهب لابي اسحاق الشيرازي ٢ / ٧٠. قارن المجموع شرح المذهب ٣٢٩/١٥.

واستدل اصحاب هذا الرأي بادلة اهمها:

- ١- القرآن حدد مهمة الحكمين بالاصلاح فقال: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾.
- ٢- ان الاصل ان الطلاق لا يملكه الا الزوج، او من يخوله هو.
- ٣- التفريق اخراج ملك من صاحبه بدون رضاه وهذا غير صحيح لان حل التمتع بالزوجة ملك الزوج، والمهر المؤجل ملك الزوجة فهي قد تحسره بالتفريق اذا ثبت ان التقصير منها.
- ٤- روي ان علي بن ابي طالب رضي الله عنه بعث حكمين قال: اتدريان ما عليكما؟ ان رايتما ان تجمعما جمعتما، وان رايتما ان تفرقا فرقتما، فقالت المرأة رضىت بكتاب الله وبما فيه لي وعليّ. فقال الرجل اما الفرقة فلا، فقال علي والله لا تفلت مني حتى تقر بمثل ما اقرت به المرأة^١. فقالوا هذا الكلام بين علي بن ابي طالب وبين الزوج يدل على ان الحكمين لا يستطيعان التفريق الا باذن الزوج.

وارى ان كلا من الاتجاهين لا يغلو من نوع من التطرف ففي الراي الاول افراط يعطى الحكمين سلطة اكثر من اللازم، وفي الاتجاه الثاني تفريط ينقص من القيمة العملية لمهمة الحكمين التي اقرها القرآن الكريم.

والذي يبدو لي هو ان الحكمين سلطتهما اقوى من سلطة الوكيلين بدليل ان القرآن سماها الحكمين وطلب ان يتميزا من الوكيل العادي بان يكونا من اهل الزوجين ولكن هذه السلطة لا تُخولهما بالتفريق دون ان يكون للقاضي حكم في الموضوع وسلطة.

وبناء على ذلك يُعتبر الحكمان حلقة وصل بين القضاء وبين العائلة التي حلت بها مأساة الشقاق والتشاجر، فهما ان اتفقا على ان العلاج هو انتهاء رابطة الزوجية يكون القاضي ملزما بان ياخذ بما يريانه، فعليه ان يعرض الطلاق على الزوج فان ابى يحمل غله ويفرق بينهما.

(١) المعنى لابن قدامة ٤٩/٧.

(٢) وفي رواية (كذبت حتى يحكم كتاب الله لك وعليك). وفي اخرى (حتى ترضى بكتاب الله) انظر بداية المجتهد ٨٢/٢. احكام القرآن للجصاص ١٥٢/٣. لكن هذا الدليل الاخير كما يصلح ان يكون دليلا للراي الثاني يمكن ان يحتج به اصحاب الراي الاول ايضا.

المبحث الثالث

موقف القانون من التفريق قضاءً

المقصود من القانون هو قانون الأحوال الشخصية للبلاد الإسلامية .
والقانون في البلاد العربية اخذ بتعدد الاسباب، ونتيجة لعدم الاخذ بمقياس الضرر حصل
اختلاف كبير لقوانين هذه البلاد في طبيعة الاسباب وشروطها. واحاول في هذا البحث ارجاع
جميع هذه الاسباب الى ضرر اللا ارادي والضرر الارادي.

اولاً - الضرر اللا ارادي؛

المقصود من الضرر اللا ارادي هو ان لا يكون لارادة احد الزوجين دور في نشوء مصدره لا
مباشرة ولا تسبباً، كالامراض التناسلية وغير التناسلية من الامراض البدنية المعدية او
المنفرة، او الامراض العقلية، والعاهات المستديمة، وغيرها مما لا يرجى شفاؤها ولا يُستطاع
استمرار الحياة الزوجية مع قيام الضرر الناشئ عنها. وقد اتفقت القوانين الإسلامية - التي
اطلعت عليها - على جواز التفريق قضاءً عند ثبوت مرض من هذه الامراض بعد توفر
الشروط المطلوبة فيه، كالعراقي (م ٤٣/٤-٦) والاردني المواد (١١٣ - ١٢٢)، والسوري
المواد (١٠٥ - ١٠٨)، والمصري المواد (٩ - ١١)، والمغربي (ف : ٥٤ - ٥٥).

لكنها اختلفت في التفصيل الاتي:

١- حق طلب التفريق ثابت للزوجة دون الزوج - لانه يملك الطلاق - في العراقي (م ٤٣،
المصري (م ٩)، السوري (م ١٠٥) أخذت بمذهب الحنفية. وللزوج ايضاً في الاردني (م
١١٣، م ١١٧)، والمغربي (ف - ٥٤).

وهذا الاتجاه الثاني هو الافقه لانه موافق لرأي جمهور فقهاء المسلمين، ومحقق للعدالة
والمساواة فيما يترتب على الزواج من الاثار الايجابية والسلبية ومن المجدير بالذكر ان
هناك فرقاً جوهرياً بين الطلاق والتفريق من حيث الاثار فالزواج في الطلاق ملزم
بتسديد الحقوق المتأخرة للزوجة وان كان السبب منها بخلاف التفريق فانه لا يلزم
بذلك مادامت الزوجة هي السبب.

٢- يسقط حق طلب التفريق في حالة علم المتضرر بالعيب (منشأ الضرر) قبل العقد أو بعده مع رضائه به صراحة أو دلالة (ضمناً) في القانون الاردني باستثناء العنة (م ١١٤) السوري (م ١٠٦)، المصري (م ٩)، المغربي (ف- ٥٤ / ١) ولكن النص العراقي (م ٤٣/٦-٤) وردت مطلقاً، والمطلق يُحمل على اطلاقته ما لم يَقم دليل على تقييده ولا دليل.

واری ان المشرع العراقي هو المصيب لان علة الحكم عبارة عن الضرر الذي لا يطاق سواء وجد قبل العقد ام بعده، رضي به المتضرر في فترة زمنية ام لا. ثم انه لا يجوز اجبار المتضرر على الصبر مدى الحياة لانه قبل الضرر في يوم ما. والقاعدة الاصولية تقضي بدوران الحكم مع علته وجوداً وعدماً. لذا اقترح ان تحذف بقية قوانين العالم الإسلامي.

٣- اشترط الاردني (م ١١٣) ان لا يكون طالب التفريق مصاباً بنفس المرض او بما يقرب منه في الضرر والا يسقط حقه في طلب التفريق. فالزوجة الرتقاء او القرناء ليس لها طلب التفريق لعنة زوجها وقل مثل ذلك لبقية الامراض. واقترح ان يُحمل هذا الشرط مادامت ثمرة الحياة الزوجية مفقودة فعلاً بسبب مرض احدهما سواء كان الآخر مصاباً به ام بمثله ام لا اذا لم يكن هناك رجاء للشفاء والصبر على الضرر.

٤- من وجهة نظر المشرع الاردني (م ١١٧، ١١٨) لا تفريق اذا حدث المرض بعد الدخول ولو كان الدخول مرة واحدة سواء رضي به المتضرر ام لا. وهذا الرأي على الرغم من انه قال به بعض الفقهاء - كالحنفية - فانه يتعارض مع القواعد العامة في الشريعة الإسلامية منها: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾، ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾، (لا ضرر ولا ضرار) لذا اقترح اهماله.

٥- اقتصر المشرع السوري (م ١٠٥ / ٢) في الامراض غير التناسلية على الجنون فقط اذا طرأ بعد العقد. فهذا التحديد يتنافى مع القواعد العامة الإسلامية الامرأة بازالة الضرر ايا كان مصدره ما لم يقبله المتضرر بصورة دائمة صراحة او ضمناً. ويلاحظ ان القوانين المذكورة متفقة فيما يلي:

- ١- اعتبار التفريق للضرر اللا ارادي طلاقه بائنة.
- ب- تاجيل التفريق سنة في كل سبب يتوقع زواله.

وكلا الحكمين يتفقان مع روح الإسلام والعدالة.

ثانيا - الضرر الارادي؛

يعتبر الضرر اراديا اذا كان لارادة احد الزوجين دخل - مباشرة او تسببا - في حدوثه. ويمكن ارجاع منشأ هذا النوع من الضرر الى ما يلي:

- أ- حرمان الزوجة من النفقة.
- ب- حرمان الزوجة من المعاشرة.
- ج- اعتداء احدهما على الاخر.
- د- ارتكاب احدهما المعصية يترتب عليها ضرر الاخر.

ونوضح فيما يلي موقف القانون من هذه الحالات.

أ - الحرمان من النفقة؛

حق الزوجة في طلب التفريق قضاء اذا تضررت بسبب حرمانها من النفقة اقره: القانون العراقي (م ٤٣ / ٧، ٨، ٩) والاردني المواد (١٢٧ - ١٣٠)، والسوري المواد (١١٠ - ١١١)، والمصري المواد (٤ - ٦)، والمغربي (ف - ٥٣)، والتونسي (ف - ٣٨ - ٤٠)، والمشروع الكويتي المواد (١٠٨ - ١٠٩). غير ان هذه القوانين اختلفت في الاحكام الاتية:

- ١- انفرد العراقي (٤٥) باعتبار التفريق لعدم الانفاق طلقة بائنة خلافا لبقية القوانين التي تعتبره طلاقا رجعيا: الاردني (م ١٢٨)، السوري (م ١١١)، المصري (م ٦)، المغربي (ف - ٥٣/٢)، الكويتي (م ١٠٩). واقترح ان يحدو العراقي حذوها لما فيه من دعم استمرار الحياة الزوجية ورعاية مصلحة الاولاد ان وجدوا. فكشيا ما يندم الزوج المستنح عن الانفاق تعنتا، او قد يفضل الله على الزوج العاجز عن الانفاق بعد الطلاق وخلال فترة العدة. فإعطاء المجال للرجعة أولى من سد الباب بوجه استئناف الحياة الزوجية مع التعهد بالاستمرار على الانفاق.
- ٢- اشترط المشرع التونسي (ف - ٣٩) خلافا لبقية القوانين ان لا تكون الزوجة عالمة بعسر الزوج حين العقد والا يسقط حلها في طلب التفريق وان كانت متضررة من عدم الانفاق.

واقترح حذف هذا الشرط لان الحكم ربطه الشرع والقانون بالسبب لكونه مصدر الضرر فهو يدور معه وجودا وعدما. فضاء الزوجة في وقت ما لاعتبارات وتوقعات لم تتحقق لا يجوز ان يحرمها من طلب التفريق وتبقى مدى الحياة تتحمل معاناة الضرر.

٣- في حالة ثبوت عجز الزوج عن الانفاق يُوجَل التفريق مدة لا تزيد عن شهر في المصري (م ٤)، وعن شهرين في التونسي (ف - ٣٩) وثلاث اشهر في الاردني (م ١٢٧)، والسوري (م ١١٠)، والمغربي (ف - ٥٣) ولم يُعط العراقي المهلة في حالة عدم الانفاق لعذر كعجز الزوج، وانما منحها لمن لا عذر له مدة (٦٠) يوما كالزوج المتمكن المتعنت الممتنع عن الانفاق (م ٤٠ / ٧، ٨). والذي اقترح ان يأخذ به المشرع في العالم الإسلامي هو ما ذهب اليه العلامة الفقيه العظيم ابن حزم الظاهري قبل مئات السنين من (ان نفقة الزوج الفقير العاجز واجبة على زوجته المتمكنة ماليا). كما ذكرنا^(١) وأرى ان الزوج المتمكن الممتنع عن الانفاق لا يستحق أي تقدير وتأجيل لان عمله هذا يُعتبر جريمة دينية وقانونية واخلاقية ما دامت النفقة واجبة عليه وهو متمكن والزوجة مطيعة لم تقم شرعا بما يحرمها من النفقة، فعلى القاضي رفع هذا الظلم حالا بالحكم بالتفريق إن اصرَّ على عدم الانفاق واصرت على طلب التفريق.

٤- انفرد العراقي (٩/٤٣) باستحداث حالة لا وجود لها لا في الفقه الإسلامي ولا في أي قانون اطلعت عليه. وهي ان للزوجة طلب التفريق (اذا امتنع الزوج عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها بعد امهاله مدة اقصاها ستون يوما من قبل دائرة التنفيذ).

واقترح حذف هذه الفقرة لان المشرع العراقي اقرَّ طرقا قانونية وقضائية لاستيفاء الدين، فلا مبرر لاعتبار دين الزوجة على الزوج سببا للتفريق ما دام الزوج مستمرا على الانفاق عليها:

(١) ص ٢٠٧. انظر المحلي ٩٢/١٠.

ب- الحرمان من المعاشرة:

التفريق القضائي للضرر الارادي الناشئ عن حرمان الزوجة من المعاشرة الزوجية اقره:
العراقي (م ٤٣ / ١، ٢، ٣)، الاردني المواد (١٢٣ - ١٢٥)، السوري (م ١٠٩)، المصري
المواد (١٢-١٤)، المغربي (ف - ٥٧، ٥٨) مع الاختلاف في التفصيل الاتي:

١- الحرمان بسبب الحكم على الزوج بعقوبة سالبة للحرية مدة لا تقل عن ثلاث سنوات يُعطى الحق للزوجة طلب التفريق بعد مضي سنة على تنفيذ الحكم في جميع القوانين المذكورة: الاردني (م ١٣٠)، السوري (م ١٠٩)، المصري (م ١٤). خلافا للقانون العراقي (م ٤٣ / ١) الذي يمنح الزوجة هذا الحق بعد الحكم مباشرة وهذا ما لم اجد في أي قانون اخر - مما اطلعت عليه - سوى القانون الاتحاد السوفيتي المعمول به حاليا. فجميع القوانين الإسلامية وغير الإسلامية لا تسمح بالتفريق الا بعد مضي سنة اعتبارا من بدء نفاذ الحكم.

واقترح ان ياخذ المشرع العراقي بنفس الاتجاه ما دامت السجون في العراق تعتبر مؤسسات اصلاحية ومادام عدد كثير من المسجونين قد يتمتعون باجازات بين اونة واخرى لزيارة عوائلهم في بيوتهم.

٢- اعتبر المشرع السوري (م ١٠٩ / ١) التفريق للحكم بعقوبة سالبة للحرية طلاقا رجعية. واقترح ان يحذر هذه المشرعون في العالم الإسلامي لما فيه من اسناد واستمرار الحياة الزوجية.

٣- في حالة حرمان الزوجة من المعاشرة بسبب هجر الزوج لغير عذر لم يسمح المشرع العراقي (م ٤٣ / ٢) بالتفريق ما لم يستمر سنتين. وارى ان هذه المدة كثرة تضر بمصلحة الزوجة وبصورة خاصة اذا كانت يخشى عليها ان تقع في الخطيئة. لذا اقترح تبديل المدة بسنة واحدة ما دام الزوج لا عذر له.

٤- لم يتطرق لحكم الهجر بالايلاء الا القانون المغربي (ف - ٥٨) الذي نص على انه: (إذا آلى الزوج او حلف على هجر زوجته وترك الميسس (المعاشرة الجنسية) جاز للزوجة ان ترفع امرها الى القاضي الذي يؤجله اربعة اشهر، فان لم يفسء (لم يرجع الى المعاشرة) بعد الاجل طلقها عليه وهذا الطلاق رجعي).

اقترح ان يقتدي به المشرع في كل بلد اسلامي لانه حكم عادل اقره القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلِّقُونَ مِن تَرْبِهِمْ اَرْبَعَةَ اَشْهُرٍ فَإِنْ فَاتُوا فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ، وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾^(١) وقد سبق تفصيل احكام الايلاء.

٥- اقر الاردني (م ١٢٣ - ١٢٥)، والمصري (م ١٢ - ١٣)، والمغربي (ف- ٥٧): ان الزوجة لا يحق لها طلب التفريق الا بعد مضي سنة. على الغيبة وبعد ذلك:

أ- ان كان مكان الغائب معلوما يمكن الاتصال به ضرب له القاضي اجلا واعذره بأنه يطلقها عليه ان لم يحضر للاقامة معها او ينقلها اليه او يطلقها. فاذا انقضى الاجل ولم يبد عذرا مقبولا تأكد القاضي من اصرار الزوجة على التفريق فان اصرت فرق بينهما بطلقة بائمة.

ب- وان لم يمكن الاتصال به اجتهد القاضي ووضع مدة لانتظار خبره فان حضر والا طلق عليه دون تاجيل او اعدار.

وبلاحظ ان المغربي ينفرد بانه يشترط ان تثبت الزوجة غياب الزوج وتضررها من جرائه اما بالبينة او باليمين. واقترح ان ياخذ بهذا الشرط بقية القوانين لان هذا الاثبات من متطلبات القضاء العادل، كما اقترح تبديل عبارة (تصله الرسائل، ولا تصله الرسائل) ب (يمكن الاتصال به، ولا يمكن الاتصال به) في مواد القانون المصري والاردني والمغربي حتى يشمل التعبير كافة وسائل الاتصال في العصر الحديث. وكذلك اقترح على المشرع الاردني ان يحذف عبارة (وكان معروف محل الاقامة) في المادة (١٢٣) لان المادتين (١٢٤، ١٢٥) تعتبران تفصيلا لها، فهذا القيد يجب ان يرد في التفصيل.

٦- تناول المصري (٢١، ٢٢)، والاردني (م ١٧٧)، والتونسي (ف- ٨٢) موضوع التفريق لفقدان الزوج مع الاختلاف الاتي:

أ- التونسي حدد المدة بسنتين اذا كان الفقد في ظروف غير اعتيادية. بعد البحث والياس عن معرفة مصيره. وترك تقدير المدة لسلطة القاضي اذا فقد في الظروف الاعتيادية.

ب- يتفق المصري مع التونسي في ترك امر التقدير لسلطة القاضي في الفقد في ظروف اعتيادية. ويختلف معه في تحديد المدة باربع سنوات اذا فقد في حالة غير

اعتيادية كالحرب.

ج- يتفق الاردني مع المصري في تحديد المدة بربع سنوات لكن يختلف معه ومع التونسي في تحديد المدة بسنة واحدة اذا فقد إثر كارثة كزلزال او غارة جوية. واقترح ان يُترك تقدير المدة لسلطة القاضي في جميع الظروف والحالات يستعين بالوسائل الحديثة لمعرفة مصيره. ولم يتطرق المشرع العراقي لهذا التفصيل باعتبار ان الكلام يخص التفريق قضاء لا الحكم بالموت.

٧- انفرد المشرع العراقي (م ٤٣ / ٩) باعطاء الزوجة حق طلب التفريق دون ان يكون هناك ضرر ارادي او لا ارادي فلها طلب التفريق في الفترة الواقعة بين عقد الزواج وبين الدخول.

والطلاق قبل الدخول وان اباحه القرآن في قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ... الآية﴾. ولكن مع ذلك ارى ان لا يتسرع القاضي الى استجابة طلب التفريق حتى يعرف سر هذا الطلب ومدى نجاح وفشل هذا الزواج مستعينا بخبرته القضائية وبالحكمين والباحثة الاجتماعية، وذلك حفاظا على استمرار الحياة الزوجية وسمعة العائلة. لانه ما من طلاق او تفريق الا وترتب عليه اساءة سمعة الزوجين او احدهما في الاقل.

ج- اعتداء احد الزوجين على الآخر بالكلام او الفعل؛

اتفقت قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية التي اطلعت عليها - باستثناء القانون المصري- على ان لكل من الزوجين ان يطلب من القضاء التفريق اذا ثبت اضرار الاخر به قولاً او فعلاً بحيث لا يمكن مع هذا الاضرار استمرار الحياة الزوجية (العراقي ١/٤٠)، الاردني (١٣٢)، السوري (م ١١٢) المغربي (ف - ٥٦)، التونسي (ف - ٣٢)، الكويتي (م ١١١).

لكن المشرع المصري (م ٦) اعطى هذا الحق للزوجة فقط على اساس ان الزوج يملك الطلاق. وهناك بعض الخلافات الجزئية منها ما يلي:

(١) ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ (البقرة: ٢٣٦).

١- ورد تعبير (لا يُستطاع)^١ في الكل عدا العراقي الذي جاء بكلمة (يتعذر) والمفضل هو الاول لان لفظ (يتعذر) يعني (يستحيل) وهذه الدرجة غير مطلوبة للحكم بالتفريق.

٢- يرى المشرع المصري ان هذا الحق يسقط بالتقادم فليس للمتضرر رفع الدعوى بعد مرور سنة على العلم بالضرر. واقترح حذف هذا الشرط لان علة الحكم هي الضرر والقاعدة تقضي بان الحكم يدور مع علته وجودا وعدما.

٣- اعتبر المشرع العراقي (م ٥/٤٠) والمصري (م ٦ مكرر) تعدد الزواج من باب الاضرار المبرر للتفريق فاعطى العراقي هذا الحق للزوجة السابقة واللاحقة (الجديدة) مطلقا اذا كان الزواج اللاحق بدون اذن المحكمة.

في حين ان المصري لم ياخذ بنظر الاعتبار وجود اذن المحكمة او عدمه كما انه لم يعط الحق للزوجة اللاحقة الا اذا اخفى عليه الزوج تزوجه بسواها.

وارى ان النهج المصري هو الاقرب الى الصواب لان الزوجة الثانية اذا كانت عالمة بالزواج السابق تُعتبر معتدية على حق الزوجة السابقة فالمفروض انها لا تستحق حق طلب التفريق. ثم انه لا صلة بين الضرر الموجب للتفريق وبين عدم اذن المحكمة.

٤- اتفق الكل على عدم جواز تسرع القضاء الى التفريق الا بعد بذل محاولة الاصلاح مستعينا بالحكمين كما امر بذلك القرآن الكريم^٢ غير ان الاختلاف حصل في تحديد طبيعة سلطة الحكمين: فذهب الاكثرية الى ان الحكم وكيل يقتصر دوره على الاصلاح فقط فليس له التفريق، كما ان القاضي ليس ملزما بما يقترحه او يقره الحكمان.

وذهب المشرع الاردني الى ان للحكمين سلطة اتخاذ القرار وعلى القاضي ان ينفذه حيث نصت فقرة ط / م ١٣٢ على ان (على الحكمين رفع التقرير الى القاضي بالنتيجة التي توصل اليها، وعلى القاضي ان يحكم بمقتضى ما توصل اليه اذا كان موافقا لاحكام هذا القانون).

وما ذكره الاخ الفاضل الشيخ احمد حسن طه^٣ من (ان المشرع المصري ذهب الى

(١) أي لا يستطيع استمرار الحياة الزوجية مع الضرر.

(٢) (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَاؤُا حُكْمًا مِّنْ أَمْلِهِ وَحُكْمًا مِّنْ أَمْلِهِمَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا) (النساء: ٣٥).

(٣) في مولفه: مدى حرية الزوجين في التفريق قضاء ط / ١٩٧٥ ص ١١٦.

اعطاء المحكمين صلاحية اقرار التفريق من غير ان يكون للقاضي بد من تنفيذه، وان دور القاضي انما هو دور المبلغ عن المحكمين بالقرار) غير مطابق للواقع وان نص (م ٩) نُقل خطأ.

٥- ذكر المشرع العراقي بعض الحالات التي تكون الزوجة فيها متضررة فلها طلب التفريق غير ان مصدر سبب الضرر ليس الزوج هو كما في حالة الزواج قبل اكمال الثامنة عشرة دون موافقة القاضي (م ٤٠ / ٣). وفي حالة اكرائها على الزواج خارج المحكمة (م ٤٠ / ٤) واقترح تبديل عبارة (قبل اكمال ثامنة عشر) بـ(قبل البلوغ) حتى يتفق مع راي فقهاء المسلمين. وارى حذف حالة الاكراء لان الزواج بالاكراء فاسد والتفريق يكون للزواج الصحيح كما نص المشرع على بطلانه في نفس (م ٩ / ١).

وقد اكد الرسول ﷺ على ان اذن البالغة العاقلة شرط لصحة زواجها في قوله: (لا تُنكح الايم حتى تُستامر ولا تُنكح البكر حتى تُستأذن)^(١).

د- ارتكاب معصية من احد الزوجين يترتب عليها ضرر الاخر:

ومن صور هذه المعصية ما يلي:

١- ردة احد الزوجين.

٢- اباء احد الزوجين الإسلام بعد اعتناقه من الاخر باستثناء حالة كون الزوجة كتابية بعد اسلام الزوج حيث نص القرآن الكريم على صحة الزواج في هذه الحالة نشوءاً وبقاءً.^(٢)

٣- الايلاء. وقد سبق بيان عناصره واحكامه مفصلاً.

٤- اللعان بعد تهمة الحيانة الزوجية، وقد بينا احكامه.

ولم يعالج القانون الحالتين الاوليين - حسب ما اعلم -.

وانفرد القانون المغربي (ف - ٥٨) ببيان حكم التفريق بالايلاء كما ذكرنا. وتناول المشرع العراقي حكم (م ٤٣) المعدلة التفريق للخيانة الزوجية، واعطى اللواطة نفس الحكم، ولكن لم

(١) القسطلاني شرح صحيح البخاري ١٤٤/٦.

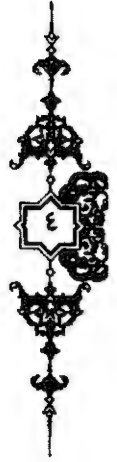
(٢) (وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم)(المائدة الآية: ٥).

يبحث اللعان المبني على اتهام الزوج وزوجته بالخيانة الزوجية كما هو المقرر في الشريعة الإسلامية) حيث ان التفريق يترتب على عملية اللعان تلقائيا كما هو رأي بعض الفقهاء او بعد حكم القضاء كما ذهب اليه الآخرون، وقد بينا ذلك مفصلا^(١).

ونتمنى ان ينهض التشريع في العالم الإسلامي بتنظيم احكام الزواج والطلاق تنظيما يضمن سعادة واستقرار حياة الأسرة المسلمة، ويتفق مع روح الشريعة الإسلامية الغراء دون تقييد بمذهب معين.

ونضع هذا البحث المتواضع بين يدي المشرع العراقي لعله يأخذ بالرأي الراجح من آراء فقهاء المسلمين التي طرحتها بصدد الطلاق والتفريق.
(وفق الله الجميع لعمل الخير)

(١) ص ٢٢١ وما بعدها.



الفصل الرابع

آثار فرق الزواج

الفرقة بين الزوجين تكون إما بالطلاق أو التفريق القضائي أو الفسخ أو ارتداد أحد الزوجين أو وفاة أحدهما. وآثار كل تصرف شرعي وقانوني عبارة عن الحقوق والالتزامات المترتبة على هذا التصرف. وهذه الآثار إما أن تكون بالنسبة لكل طرفي التصرف كالحقوق والالتزامات الزوجية المتبادلة المترتبة على الزواج الصحيح. أو تكون بالنسبة لأحد الطرفين دون الآخر كالترام الزوجة بالعدة وحق الزوج من التزوج بعمّة زوجته أو خالتها أو أختها بعد الفرقة بينهما وإنهاء عدة الزوجة.

وآثار الفرقة في جميع صورها إما غير مالية كالعدة أو مالية كنفقة العدة والمهر المؤجل والمتعة أو مختلطة (مالية وغير مالية) كالحضانة. وبناءً على ذلك توزع دراسة هذه الآثار على ثلاثة مباحث، يخص الأول للآثار غير المالية، والثاني للآثار المالية، والثالث للآثار المختلطة.



المبحث الاول

الاثار غير المالية

ومن اهم هذه الاثار العدة وهي من التزامات الزوجة وحقوق الله فلا يجوز الاتفاق على نفيها او التنازل عنها.

العدة في لغة العرب الاحصاء، يقال عدّ الشيء يعدّه عدّاً: احصاه وعددت الشيء: احصيته.

والانقضاء يُقال اعتدت المرأة: انقضت ايام عدتها.

وفي الاصطلاح الشرعي والقانوني اجل حدده الشارع لانقضاء ما بقي من آثار الزواج بعد الفرقة. ويتعمد آخر تربص تلتزم به الزوجة بعد زوال الزواج او ما يقوم مكانه كالدخل في الزواج الفاسد.

يُقصد بالتربص الذي تلتزم به الزوجة انتظارها وعدم التزوج من آخر حتى تنتهي تلك المدة التي حددها الشارع.

اما الزوج فلا عدة عليه لأن العلة الموجبة لإيجابها لا تتوافر فيه والحكم يدور مع علته وجودا وعدما.

لكن قد تشترط مدة العدة بالنسبة للزوج ايضا عندما يقوم مانع يحول دون زواجه الجديد، كمن طلق زوجته واراد ان يتزوج أختها، يجب عليه التربص حتى تنتهي عدة زوجته المطلقة.

العلل الموجبة لوجوب العدة

من عللها الغائية ما يلي:

أ. التأكد من براءة رحم الزوجة التي حصلت الفرقة بينها وبين زوجها إذا كانت أهلا للانجاب استبعادا لاختلاط النسب من جهة وإعطاء مجال لتدارك الندم بعد الفرقة إذا ظهر لها حمل من جهة أخرى.

ب. إعطاء الشارع مهلة لاستئناف حياة الزوجية عن طريق عدم التسرع في الزواج الجديد كما في الطلاق دون المرة الثالثة، حيث يحق للزوج ان يُراجعها اثناء العدة بدون عقد جديد أو يتزوجها بعقد جديد أثناء العدة او بعدها ما لم تتزوج .

ج. حداد الزوجة على زوجها في حالة وفاته مدة حددها الشارع.
 ح. التنويه بعظم شأن الزواج فلا ينتهي الا بعد انتظار او اناة، وبناء على هذه العلة المتعددة لوجوب العدة لا نجد مبرراً لقول فقهاء الإمامية بعدم وجوب العدة على صغيرة لم تدخل سن الحيض وكبيرة جاوزت سن الحيض ودخلت سن اليأس. لأن هذا الاجتهاد إنما يقوم على أساس وحدة العلة وهي التي وردت في الفقرة (أ).

اسباب وجوب العدة:

وهي اجمالاً الفرقة بين الزوجين والدخول في الزواج الفاسد او بالشبهة، وتفصيلاً الطلاق والتفريق القضائي والفسخ وارتداد احد الزوجين والدخول في الزواج الفاسد او بالشبهة والوفاة.

شروط وجوب العدة:

يشترط لوجوب العدة شرطان:
 احدهما ان يتحقق سبب من اسباب الفرقة المذكورة.
 والثاني ان تكون الفرقة بعد الدخول بالنسبة لغير المتوفى عنها زوجها، ففي هذه الحالة الثانية تجب على الزوجة العدة مطلقاً، سواء كانت مدخولاً بها او لا، وعدتها اربعة اشهر وعشرة أيام لعموم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾^(١).
 ولها الميراث ايضا مطلقا سواء كانت مدخولا بها او لا لنفس السبب، فعدة الوفاة وميراث الزوجة المتوفى عنها زوجها لا يرتبطان بالدخول لأن الآية عامة لا تفرق بين المدخول بها وغير المدخول بها، ولأن طابع الحداد في هذه العدة هو الغالب على غيره.
 وشرط الدخول بالنسبة لغير الوفاة نص عليه القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَكَهَّنْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ^(٢) فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا^(٣)﴾.

(١) سورة البقرة / ٢٣٤.

(٢) أي من قبل ان تدخلوا بهن

(٣) سورة الاحزاب / ٤٩.

انواع العدة:

انواع العدة من حيث طبيعتها اربعة وهي:

اولا: العدة بالقرء:

وقد اختلف الفقهاء في تحديد المعنى المراد من القرء لأنه مشترك في لغة العرب بين الطهر والحيض.

من الواضح ان المشترك غامض اذا لم تقم قرينة على تحديد المعنى المراد من المدلول عليه لهذا المشترك، قال سبحانه وتعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ^(١)». ولفظ (المطلقات) من صيغ العموم لانه جمع مؤنث سالم محلى بال الاستغراق، غير ان هذا العموم خُصص بالآيات الأخر التي تناولت حكم عدة الوفاة وعدة الصغرة دون سن الحيض وعدة من دخلت سن اليأس وانقطع حيضها، بناء على ذلك ان المراد بالمطلقات في هذه الآية النساء من ذوات الحيض.

وكما ذكرنا انفا اختلف الفقهاء في المعنى المراد من القرء:

فقال الحنفية^(٢) والحنابلة^(٣) والاباضية^(٤) ان المراد به هو الحيض وقال الشافعية^(٥) والمالكية^(٦) والشيعة الامامية^(٧) والظاهرية^(٨) ان المراد به هو الطهر.

ادلة الطرفين: يُراجع بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد^(٩) للاطلاع على هذه الادلة للطرفين.

ثمة الخلاف:

(١) سورة البقرة / ٢٢٨

(٢) الهداية وشرح فتح القدير ٤ / ٣٠٨.

(٣) المغني لابن قدامة ٧ / ٤٥١.

(٤) كتاب النكاح للجنائوني ص ٣١٢.

(٥) مغني المحتاج للشريني ٢ / ٣٨٥.

(٦) شرح الخرشي ٤ / ١٣٨.

(٧) الروضة البهية واللمعة الدمشقية ٢ / ١٥٦.

(٨) المحلى لابن حزم الظاهري ١٠ / ٢٥٧.

(٩) ٢ / ٧٤ وما يليها.

ثمرة الخلاف المذكور في تحديد المعنى المراد من لفظ القرء هو الاختلاف في الاحكام الاتية:

١- للزوج حق الرجعة في الحيضة الثالثة على الرأي الاول الذاهب الى ان المراد بالقرء هو الحيض دون الثاني القائل بأن المراد به هو الطهر، لأن العدة في هذا الرأي الثاني تنتهي بالدخول في الحيضة الثالثة لاعتبار الجزء الذي طلقت فيه من الطهر قرءاً كاملاً.

٢- يجوز زواج اخت المطلقة في الحيضة الثالثة على الرأي الثاني لانتهاؤها عدتها بالدخول فيها دون الاول.

٣- لها ان تتزوج في الحيضة الثالثة على الرأي الثاني دون الاول.

٤- تستحق النفقة والسكنى في الحيض الثالثة على الرأي الاول دون الثاني لان الحيضة التي طلقت فيها لا تعتبر قرءاً.

٥- يجوز زواج الخامسة في الحيضة الثالثة على الرأي الثاني دون الاول.

٦- اذا مات احدهما في الحيضة الثالثة يرثه الآخر على الرأي الاول دون الثاني اذا كان الطلاق رجعياً لان عدتها لم تنته بعد.

ثانياً. العدة بالاشهر:

تكون العدة بالاشهر في احدى الحالتين التاليتين: احدهما اذا لم تكن الزوجة من ذوات الحيض لصغر سن او بلغت بالسن ولم تحض او بلغت سن الياس وانقطع حيضها وتختلف سن الياس باختلاف الاقاليم والامصار من حيث الجو والمناخ وباختلاف القابلية البدنية والصحية للمرأة.

لذا لا يمكن وضع معيار موضوعي ثابت بالنسبة لجميع النساء وفي جميع الاقاليم في العالم، لكن غالباً تدخل المرأة سن الياس بعد خمس وخمسين سنة من عمرها ومصدر العدة بالاشهر قوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَنْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾^(١).

والحالة الثانية هي عدة الوفاة بالنسبة لغير الحامل فاذا توفي الزوج عن زوجة لم تكن حاملاً فعدتها اربعة اشهر وعشرة ايام من تاريخ الوفاة لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَتَرَوْنَ أَزْوَاجًا يَتَرَبِّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾.

ثالثاً. العدة بوضع الحمل؛

إذا كانت الزوجة حاملاً وقت الفرقة بغير الوفاة، تنتهي عدتها بوضع الحمل لقوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(١).

رابعاً: العدة بابتعاد الاجلين:

إذا كان المتوفى عنها زوجها حاملاً تنتهي عدتها بابتعاد الاجلين من وضع الحمل واربعة اشهر وعشرة ايام فاذا وضعت الحمل ولم تنته مدة اربعة اشهر وعشرة ايام تنتظر انتهاء هذه المدة. وإذا انتهت المدة ولم تضع الحمل بعد تنتظر وضع الحمل^(٢). وذلك جمعا بين آية عدة الوفاة بالاشهر وآية العدة بوضع الحمل لان النسبة بي هاتين الاتين العموم والخصوص من وجه: فآية: ﴿وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ خاصة بالوفاة وعامة تشمل الحامل وغير الحامل وآية: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ خاصة بالحامل وعامة تشمل المطلقة والمتوفى عنها زوجها، وبناء على ذلك يجمع بينهما ويعمل بكلتا الآيتين ومن الواضح ان العمل بالقرآن يقدم على العمل بالحديث اذا تعارضا^(٣).

تحول العدة من نوع الى نوع آخر:

قد تبدأ المرأة بنوع من الانواع المذكورة من العدة الواجبة عليها في الاصل ثم يطرأ عارض يوجب عليها العدة بنوع اخر ومن هذه الحالات:

أ. إذا اعتدت المرأة بالاشهر لغير الوفاة لصغر سن او دخول في سن الياس ثم دخلت في الحيض قبل انقضاء الاشهر الثلاثة وجب عليها ان تستأنف عدة جديدة بثلاث حيضات كاملات.

ب. إذا كانت من ذوات الحيض فاعتدت بالقرء فقبل انتهاء عدتها بالقرء دخلت سن الياس فانقطع الحيض فتعتد عدة الآيسة بالاشهر، ويرى بعض الفقهاء^(٤) ان كل

(١) سورة الطلاق / ٤

(٢) وبه اخذ المشرع العراقي في المادة (٣/٤٨).

(٣) كما في حديث سبيعة الاسلمية.

(٤) كالامامية. ينظر شرائع الاسلام ٦٢ / ٢.

حيضة تعتبر شهراً فإذا اعتدت بالقرء بعد حيضة واحدة ودخلت سن الياس تعتد شهرين بعد الحيضة وإذا قضت حيضتان ودخلت سن الياس تعتد شهراً واحداً.

ج- إذا توفي زوجها أثناء العدة وهي مطلقة طلاقاً رجعياً تتحول عدة الطلاق سواء كانت بالاشهر او بالقرء الى عدة الوفاة لانها في حكم الزوجة قبل انتهاء عدتها. بخلاف المطلقة طلاقاً بانئنا فان عدتها لا تتحول الى عدة الوفاة بل تستمر على العدة التي بدأت بها سواء كانت بالقرء او بالاشهر لانقطاع علاقة الزوجية حقيقة وحكما، ولانها لا ترث منه اذا مات بعد وقوع الطلاق البائن.

عدة الدخول في الزواج الفاسد او بالشبهة: اذا كان الدخول في الزواج الفاسد او بالشبهة بان دخل بامرأة ظاناً انها زوجته وهي ليست زوجته، تسرى عليه احكام الدخول في الزواج الصحيح.

متى تبدأ العدة ومتى تنتهي ؟

أ. تبدأ العدة عند بدء سببها من الفرقة بالطلاق او التفريق القضائي او الفسخ او بالوفاة، ولكن بالنسبة لعدة الدخول في زواج فاسد ذهب جمهور الفقهاء الى انها تبدأ من الدخول الاخير، لكن ذهب البعض مثل زُفر من الحنفية الى ان العدة تبدأ من تاريخ التفريق بين الزوجين بسبب فساد الزواج، وهذا الرأي هو الراجح والقمين بالاخذ به من وجهة نظرنا وفي الوطء بالشبهة تبدأ العدة من الوطء الاخير.

ب. تنتهي العدة بانتهاء اليوم الاخير اذا كانت العدة بالاشهر وبثلاث حيضات كاملات بعد الفرقة اذا طُلقت في الطهر، لان الجزء الذي طُلقت فيه يُحسب قرءاً لها بخلاف ما اذا طُلقت في الحيض، فان هذه الحيضة لا تُعتبر قرءاً ولهذا الفرق قال سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ أي في وقت تبدأ فيه العدة.

المبحث الثاني الاثار المالية

من اهم الاثار المالية لفرقة الزواج ما ياتي:

- ١- الميراث
- ٢- نفقة العدة
- ٣- متعة الطلاق
- ٤- تعريض ضرر الطلاق التصفي
- ٥- حلول أجل المهر المؤجل ووجوب دفعه بدون تأخير
- ٦- اجرة الرضاة

الميراث:

إذا انعقد الزواج صحيحاً ومات أحدهما بعد انعقاده ولو بلحظة واحدة يرثه الآخر فلا يشترط الدخول ولا الخلوة الصحيحة لاستحقاق ميراث أحد الزوجين من الآخر. والميراث من الاثار المالية لفرقة الزواج بسبب الوفاة كما ياتي:-

لاستحقاق الزوج لميراث زوجته بسبب الزوجية حالتان:

أحدهما: - له نصف تركته زوجته المتوفاة إذا لم يكن لها فرع وارث لا منه ولا من زوج سابق^(١).

فإذا انصرفت ورثة في زوج واخ شقيق للزوج نصف التركة وللأخ الشقيق النصف الآخر^(٢).

^(١) المراد بالفرع الوارث عند جمهور الفقهاء هو الابن والبنت وولاد الابن وولاد ابن الابن وإن نزلوا نكورا كانوا أم أنثاء.

وعند الطيعة الاسامية بالإضافة إلى هؤلاء يعتبر من الفرع الوارث لولاد البنت وولاد بنت الابن وولاد بنت ابن الابن وإن نزلوا.

ينظر أيضاً الفوائد في شرح اشكالات القواعد للشيخ أبي طالب محمد بن الحسن الطلي ط / ١٣٨٩، ٢٣٨/٢.

^(٢) بعد اخراج الدين والوصية.

والثانية:- له ربع تركته زوجته المتوفاة اذا كان لها فرع وارث منه او من زوج سابق بعد اخراج الدين والوصية اذا وجد، فاذا ماتت عن زوج وابن للزوج الربع وللابن الباقي.

ومصدر هاتين الحالتين القرآن الكريم، قال تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ^(١) فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ^(٢)﴾

وقد يجتمع في الزوج سببان للميراث (الزوجية والقرابة) بان يكون الزوج ابن عم لزوجته ولا يكون لها وارث اخر اقرب منه قرابة، ففي هذه الحالة يرث الباقي قرابة وتمصيبا. وعند بعض الفقهاء يرث الزوج الباقي بالرد ان لم يكن لزوجته وارث اخر^(٣). وهذا هو الصواب في رأينا المتواضع ولا يُعطى للخزانة العامة الباقي.

استحقاق الزوجة من ميراث زوجها المتوفى:

للزوجة واحدة كانت ام اكثر الى حد اربع زوجات حالتان:-

احدهما:- لزوجة واحدة فاكثر ربع تركته الزوج المتوفى ان لم يكن له فرع وارث لا من الزوجة الواحدة ولا من زوجة اخرى، فاذا توفى عن زوجة فاكثر وعسم شقيق، للزوجة ربع تركته بعد اخراج الدين والوصية وللم الباقي.

والثانية:- ان لزوجة واحدة فاكثر ثمن تركته الزوج المتوفى ان كان له فرع وارث منها او من زوجة اخرى. فاذا توفى عن زوجة وابن او ابن ابن، لزوجته واحدة فاكثر الثمن والباقي للابن او ابن الابن. وهاتان الحالتان تطبقان بعد اخراج حصتها من التركة بمقدار ما ساهمت في تكوينها لأنها بمثابة الدين المتعلق بالتركة.

ومصدر هاتين الحالتين قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ^(٤)﴾.

(١) يشمل الولد في لغة العرب الذكر والانثى والعراد به الفرع الوارث كما سبق

(٢) سورة النساء / ١٢

(٣) ووفق فقهاء الامامية (الجعفرية) بين الزوج والزوجة في الرد أي في الاستحقاق فيما يبقى من التركة بعد ان يأخذ كل ذي حق حقه من التركة، فاذا لم يكن هناك وارث اخر يكون للزوج دون الزوجة الحق في الباقي عن طريق الرد. ينظر ايضاح الفوائد - المرجع السابق ٢٢٧/٤.

(٤) سورة النساء / ١٢

ذهب جمهور فقهاء الشريعة الى انه ليس لكل من الزوجين الباقي بالرد عند عدم وجود وارث اخر، بل يكون الباقي للخزانة العامة على اساس ان (الدولة وارثة لمن لا وارث له). وقال عثمان بن عفان (الخليفة الثالث) عليه السلام: - للزوجين الباقي عن طريق الرد كبقية الورثة عملاً بقاعدة (الفنم بالغرم) لانه في حالة العول يدخل النقص على انصبة اصحاب الفروض من التركة بدون فرق بين الزوجين وغيرهما من اصحاب الفروض، فيجب ان يكونا مشمولين بالرد كشمولهما للعول.^(١)

وفي راينا المتواضع يجب العمل بهذا الراي لعدالته وتوافقه مع روح الشريعة الإسلامية.^(٢)

نفقة المعتدة:

سبق ان ذكرنا ان اسباب العدة متعددة منها الفرقة بالوفاة او الطلاق او الفسخ او الدخول بالشبهة. وبينّا انواع العدة فهي قد تكون بالقرء وقد تكون بالاشهر او وضع الحمل بالنسبة للحامل او ابعد الاجلين كما في عدة المتوفى عنها زوجها وهي حامل.

وفي جميع الأحوال تجب النفقة للمعتدة لانها محبوسة الزوج كما في حال قيام الزوجية فتلتزم بعدم الزواج من زوج اخر الا بعد انتهاء عدتها.

وجدير بالذكر ان العدة من حقوق الله المحضة فلا يجري فيها التعديل والتنازل كما انها من الالتزامات الزوجية التي لا دخل لارادتها فيها.

لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في وجوب النفقة والسكن للزوجة المطلقة طلاقاً رجعياً الى انقضاء عدتها لانها زوجة حكيمية فنفتتها واجبة كنفقة الزوجة الحقيقية مثل الطلاق.

وكذلك لا خلاف في وجوب نفقة المطلقة الحامل حتى تضع حملها لقوله تعالى: ﴿وَرَأَى كُنْ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفَقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(٣) سواء كان الطلاق رجعياً ام باناً.

كما لا خلاف في عدم وجوب النفقة للمعتدة بعد فرقة من زواج فاسد او دخول بشبهة، سواء كانت حاملاً ام حائلاً، لانها لا تستحق النفقة قبل هذه الفرقة لعدم مشروعية العلاقة

(١) المول هو الزيادة في عدد الاسهم والنقص في مقدارها عند وجود ما يبرره والرد عكس ذلك.

(٢) ينظر مؤلفنا احكام الميراث والوصية وحق الانتقال ص ٣١-٣٣.

(٣) سورة الطلاق / ٦

بين الرجل والمرأة، فمن باب أولى ان لا تستحقها بعد الفرقة.

لكنهم اختلفوا في حكم نفقة المطلقة طلاقاً بائناً^(١).

اختلف فقهاء الشريعة في نفقة عدة الطلاق البائن كالآتي:-

١- قال البعض^٢:- انها تستحق السكن فقط دون النفقة اذا كانت حائلاً، ولها النفقة اضافة الى السكن اذا كانت حاملاً، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٌ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ على اساس ان للشرط الوارد في هذه الآية مفهوم المخالفة وهو عدم وجوب النفقة للمطلقة طلاقاً بائناً اذا لم تكن حاملاً.

ب- وذهب البعض^(١):- الى انها لا نفقة ولا السكن اذا كانت حائلاً لحديث فاطمة بنت قيس ان زوجها طلقها ثلاثاً فلم يجعل لها الرسول ﷺ سكنى ولا نفقة.^(٢)

ج- ويرى الحنفية ومن وافقهم ان لها السكن والنفقة لانها محبوسة للزوج خلال مدة العدة فعلى الحابس نفقة محبوسه.

وفي رأينا المتواضع يجب ان يؤخذ بهذا القول الاخير للدلالة الاتية:-

١- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِمَدَّتِهِنَّ وَأَخْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾^(٣)

والطلاق في هذه الآية عام يشمل الطلاق الرجعي والطلاق البائن.

فاذا كان رجعياً فلا مانع شرعاً من بقائها مع الزوج في بيت الزوجية ولو في غرفة واحدة لان هذا الطلاق لا يحرمها على زوجها خلال مدة العدة.

وبقائها مع الزوج المطلق في غرفة واحدة^(٤) اثناء العدة عامل مشجع لاستئناف الحياة الزوجية، كما اشار الى ذلك سبحانه وتعالى في نهاية الآية بقوله: ﴿لَعَلَّ اللَّهُ يُخْرِجُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾.

(١) ولم يقل احد - حسب ما اعلم - بوجوب نفقة المعتدة عدة الوفاة من تركه زوجها على اساس انقطاع

التزام الزوج المعتوي بهذه النفقة بعد ان فقد اهليته بالوفاة.

(٢) كالمالكية والشافعية.

(٣) كالحنبلة والامامية.

(٤) وقد طعن سيدنا عمر بن الخطاب هذا الحديث بقوله (لا نترك كتاب الله وسنة رسول الله يقول امرأة لا

تدري اصدققت ام كذبت.

(٥) سورة الطلاق / ١

ومن المؤسف ان الاعراف والعادات الفاسدة السائدة بين المسلمين هي اخراج المطلقة من بيت الزوجية بعد الطلاق فوراً. وهذا يخالف للاية المذكورة التي تنهى صراحة عن اخراجهن من بيوتهن وقد نسب سبحانه وتعالى البيت السيئ لا الى الزوج تأكيداً على عدم جواز اخراجهن بعد الطلاق في اثناء العدة.

٢- قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمِلَ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَتَمُّوا رِيَّتَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتْرُوعٌ لَهُ أُخْرَى﴾.^(١)

وجدير بالذكر ان الشرط الوارد في هذه الاية: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمِلَ﴾ ليس له مفهوم المخالفة وانما جاء للتأكيد على استمرار الاتفاق الى وضع الحمل.

٣- قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِمْ مَتَاعًا إِلَى الْحَوْلِ غَيْرِ إِخْرَاجٍ فَإِنْ خَرَجْنَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ مِنْ مَعْرُوفٍ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ، وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾.^(٢)

وقد زعم الكثير من المفسرين وعلماء اصول الفقه قديماً وحديثاً ان هذه الاية كانت لايحاب عدة الوفاة لمدة سنة ثم نسخت بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾.^(٣) وهذا الزعم باطل لعدم وجود التناقض بين الايتين حتى يرفع بنسخ احدهما للآخرى وذلك لاختلاف الموضوع في الايتين.

فاية (٢٤٠) موضوعها حقوق الإنسان فهي تبين حقاً من الحقوق الزوجية للمتوفى عنها زوجها بعد وفاة الزوج بدليل قوله تعالى في نفس الآية: ﴿وصية لازواجكم﴾ وهذا الحق فسرته قوله تعالى: ﴿مَتَاعًا إِلَى الْحَوْلِ غَيْرِ إِخْرَاجٍ﴾.

ومضمون هذه الاية كما هو واضح ان للزوجة البقاء في بيت الزوجية لمدة سنة ولها السكن والنفقة مع منح حق الحرية لها في الخروج وعدم بقائها مع اسرة المتوفى، بدليل قوله تعالى: ﴿فان خرجن فلا جناح عليكم فيما فعلن في انفسهن من معروف﴾.

(١) اما اذا كان الطلاق بائناً فعليها ان تسكن في غرفة اخرى من بيت الزوجية لعدم جواز اجتماعهما في غرفة واحدة بعد الطلاق البائن.

(٢) سورة الطلاق / ٦

(٣) سورة البقرة / ٢٤٠

(٣) سورة البقرة / ٢٣٤

بينما ان الآية (٢٣٤) موضوعها حق من حقوق الله المحضة فهي تبين واجبا من الواجبات والالتزامات الزوجية فيجب على المتوفى عنها زوجها البقاء في بيت الزوجية والتربص مدة اربعة اشهر وعشرة ايام.

والقول بنسخ اية (٢٤٠) الخاصة بحق من حقوق المرأة المحضة بعد الفرقة بالوفاء بآية (٢٣٤) الخاصة بحق من حقوق الله المحضة باطل للأسباب الآتية:

اولا: عدم وجود التعارض او التناقض بين الآيتين حتى يُرفع بنسخ احدهما بالآخرى، لان من شروط التعارض او التناقض وحدة الموضوع وهذا لم يتحقق في هاتين الآيتين كما ذكرنا انفا.

وجدير بالذكر ان النسخ الذي يُسمى الالغاء في القانون اما صريح او ضمني، والصريح هو ان ينص القرآن على ان الآية كذا تُسخت بآية كذا وهذا ما لا نجد في القرآن الكريم.

والنسخ الضمني لا يكون الا بعد قيام التناقض بين آيتين، فعندئذ يُقال ان الآية اللاحقة في النزول نسخت السابقة لرفع التناقض بينهما، وهذا ايضا غير موجود في القرآن الكريم، فلا توجد فيه ايتان متناقضتان باجماع عقلاء المسلمين لان المتناقضين لا يجتمعان ولا يرتفعان باتفاق اراء الفلاسفة وعلماء الإسلام وغيرهم.^(١)

ثانيا: لو صحَّ القول بان الآية (٢٤٠) تُسخت بآية (٢٣٤) للزم عدم جواز بقاء زوجة المتوفى في بيت الزوجية اكثر من اربعة اشهر وعشرة ايام لان الزيادة على هذه المدة قد تُسخت على حد زعمهم، ومن الواضح ان الجواز اذا نُسخ حلَّ محله التحريم واللازم باطل باجماع الفقهاء المسلمين وكذلك الملزوم.

ثالثا:- تقدم الآية الناسخة على المنسوخة في ترتيب القرآن قرينة واضحة على بطلان زعم النسخ المذكور.

متعة الطلاق:

متعة الطلاق عبارة عن مقدار من المال نقودا او سلعة او البسة او اية حاجة مالية اخرى تنتفع بها الزوجة المطلقة بعد طلاقها ويلتزم الزوج المطلق بدفعه لها بعد الطلاق.

^(١) لمزيد من التفصيل يراجع مؤلفنا: التبيان لرفع غموض النسخ في القرآن في موضوع شروط النسخ.

حكم المتعة:-

اختلف الفقهاء في حكمها كالآتي:-

أ- قال البعض^(١):- انها واجبة لكل مطلقة لعموم الاوامر في آيات القرآن.
 ب- ذهب البعض^(٢):- الى انها ليست واجبة مطلقا وحمل هذا البعض اوامر القرآن بها على الندب دون الوجوب بقريته قوله تعالى في احدى الايات الامرة بالمتعة: ﴿حق على المحسنين﴾ أي المتفضلين المتجملين وما كان من باب الجمال والاحسان ليس بواجب.

ج- ويرى البعض^(٣):- انها واجبة لأمرأة طُلقَت قبل الدخول وقبل تحديد مهر صحيح مشروع لها. اما في حالة عدم تسمية المهر او تسمية مهر فاسد فتجب للمطلقة المتعة استنادا الى المقارنة بين قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَعَهُنَّ وَسَرَحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ فيؤخذ من هذه المقارنة بين هاتين الآيتين انه لا وجوب للمتعة مع تسمية المهر والطلاق قبل المسيس^(٤).

وفي رأينا المتواضع ان المتعة واجبة اذا طُلقَت قبل الدخول في حالة عدم تسمية المهر الصحيح ومندوبة في سائر الحالات جمعا بين الأدلة المذكورة. وجدير بالذكر انه في حالة تقدير المتعة يجب رعاية مركز كل من المطلق والمطلقة اجتماعيا واقتصاديا.

(١) كفقهاء الظاهرية

(٢) كالامام مالك

(٣) كالامام ابي حنيفة.

(٤) أي المسلمات والكتابيات

(٥) سورة البقرة / ٤٩

(٦) سورة البقرة / ٢٢٧

(٧) ينظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٨٠/٢ - ٨١.

تعويض ضرر الطلاق التعسفي:

إذا ترتب على طلاق الزوجة في حالة عدم ثبوت تقصير منها ضرر مادي أو معنوي يلحق بها نتيجة هذا الطلاق فيجب لها تعويض يتناسب مع حجم هذا الضرر بعد تقريره من قبل أهل الخبرة.

ومصدر هذا التعويض القرآن الكريم والسنة النبوية والقانون.

- أ - القرآن: قال سبحانه وتعالى في حكم المطلقات: ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ ومن الواضح ان الضرر المنهي عنه يستوجب التعويض اذا حصل.
- ب - السنة النبوية:- قال الرسول ﷺ: ﴿لَا ضَرَرَ وَلَا ضَارَرَ﴾ وفي رواية اخرى: ﴿لَا ضَرَرَ وَلَا ضَارَرَ فِي الْإِسْلَامِ﴾.^(١)

ج - القانون:- نصت الفقرة الثالثة من المادة التاسعة والثلاثين من قانون الأحوال الشخصية العراقي القائم على انه (اذا طلق الزوج زوجته وتبين للمحكمة ان الزوج متعسف في طلاقها وان الزوجة اصابها ضرر من جراء ذلك، تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المالية ودرجة تعسفه. يُقدر جملة على ان لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الاخرى).

وبناء على هذه المصادر يجب على الزوج تعويض زوجته عن كل ضرر يلحقها بسبب الطلاق غير المبرر وعلى سبيل المثل لو طلب منها الاستقالة من وظيفتها او ابطال دراستها او الانصراف عن المشروع المالي الذي هي بصدد انشائه ففعلت ذلك او وهبته مهرها المؤجل او أي مال اخر لغرض استمرارية الحياة الزوجية ثم طلقها بدون تقصير منها، يجب عليه التعويض في ضوء حجم الضرر ومركزه المالي.

(١) سورة الطلاق / ١

(٢) الفرق بين الضرر والضرار ان الاول هو احداث الضرر بالغير بدون مبرر والضرار هو مقابلة الضرر بالضرر فمن الحق ضرراً بالغير. فجزاءه تعويضه فلا يجوز الجزاء بالضرر بناء على القاعدة الشرعية والقانونية (الضرر لا يزال بمثله).

حلول اجل المهر المؤجل:-

يحل اجل المهر المؤجل باقرب الاجلين الطلاق والوفاء.

والاصل في المهر ان يكون حالا غير مؤجل لكن تأجيل كله أو بعضه ليس مخالفا للنظام العام، فلهما الاتفاق على حلول كله أو تأجيل كله أو حلول البعض وتأجيل البعض، فاذا حصلت الفرقة بالطلاق أو الوفاة يصبح المهر المؤخر حالا فيجب الوفاء به بدون تأخير.

اجرة الرضاعة:-

ارضاع الطفل في حال قيام الزوجية واجب على امه اذا لم يكن هناك ممانع ويكون هذا الارضاع بدون مقابل لعدم جواز اخذ الاجر على الواجب بالاجماع. واذا لم تكن ام الطفل على قيد الحياة أو كان فيها مانع من الارضاع كالضعف والمرض تسترضع له مرضعة اخرى مقابل اجرة ان لم تتبرع به.

والاجرة في جميع الحالات تكون في مال الطفل اذا كان له مال وان لم يكن له مال تكون على الوالد لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾.

واذا لم يكن لوالد الطفل مال ولم يكن قادرا على الكسب أو كان ميتا فتجب الاجرة على من يرث من تركته هذا الطفل لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾.

ومصدر هذه الاحكام قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾^(١).

وجدير بالذكر انني قد استخرجت من هذه الاية الكريمة ستة عشر حكما، ثمانية منها مدلول عليها منطوقا والثمانية الاخرى دللت عليها هذه الاية الكريمة اشارة^(٢).

(١) سورة البقرة / ٢٣٣

(٢) ومن يوم الاحلال على هذه الاحكام فليراجع مؤلفنا اصول الفقه في نسجيته الجديد ٢/٤٠٠-٤٠٥ الطبعة

حكمة وجوب الارضاع على الام:

تتبين هذه الحكمة من الفقرتين الاتيتين:-

- ١- اثبت الطب الحديث ان حليب الام يساعد كثيرا على حماية صحة الطفل ونشأته نشأة صحيحة وانه اكثر نفعا من حليب الحيوانات او حليب مرضعة اخرى.
- ٢- حين تضع الام ثديها في فم الولد وهو يشعر بحنانها له وشفقتها وحبها يكتسب شفقة ومحبة من هذه الام مع الغير. حينما يكبر ويدخل في معركة الحياة ويحتك بالغير، بخلاف ما اذا تم الارضاع من حليب الحيوانات عن طريق الاستعمال الجديد، فانه حينئذ يشعر الطفل بالاهمال له والوحدة والوحشة ونحو ذلك مما يجعله بعيدا عن اكتساب كل محبة تجاه الغير فينشأ معقدا عبوسا مسينا في تعامله مع الغير احيانا.

المبحث الثالث

الاثار المختلفة

تجتمع الاثار المالية وغير المالية (العملية) للفرقة في الحضانة. ونتناول دراسة هذا الموضوع في مطلبين يُخصص الاول للتعريف بالحضانة، والثاني لاحكام الحضانة.

المطلب الاول

التعريف بالحضانة

تعريف الحضانة:

الحضانة بفتح الحاء وكسرها في اللغة وَرَدَتْ بعدة معان اقربها الى المعنى الاصطلاحي ضم الشئ الى الحضان. وفي الاصلاح الشرعي والقانوني عبارة عن القيام بشؤون طفل لا يستقل بامرءه، ورعاية متطلبات حياته في هذه المرحلة من تربية ونظافة وصحة وطعام ولبس ووقاية ونحو ذلك.

تكييف الحضانة:

تكييف الشئ اعطاه صفته الشرعية والقانونية. والحضانة لا تُكَيَّف بانها حق محض لمن يتولاها ولا التزام محض وانما هي ذات صفة ازدواجية تجمع بين كونها حقًا والتزامًا في وقت واحد فهي حق لمن يقوم بها والالتزام موضوعه حق الطفل فعليه الوفاء به هو المطلوب شرعا وقانونا.

ومن نتائج هذا التكييف ما يلي:-

أ - اذا تعينت الحاضنة أما كانت ام غيرها يجب عليها القيام بها، فاذا امتنعت أجبرت عليها وليس لها خيار اخر.

- ب - اذا خالع الزوج زوجته على ترك الحضانة له صحّ الخلع وببطل الشرط لانها لا تملك إبطال حق الطفل الذي هو موضوع التزام يجب الوفاء به.
- ج - اذا صالحت زوجها على اسقاط حقها في الحضانة مقابل دين له عليها كان الصلح باطلا لنفس السبب المذكور.

عناصر الحضانة:-

عناصر كل شيء ما يتوقف عليه هذا الشيء فاذا كان جزءا منه يكون ركننا والا فهو شرط.

والمراد بالعناصر في هذا الموضوع شروط اهلية الحضانة ومن اهمها ما يلي:-

١- البلوغ:- فيشترط في الحاضنة والحاضن البلوغ لان غير البالغ لا يستطيع ان يقوم بشؤون نفسه فكيف يوكل اليه القيام بشؤون غيره.

٢- العقل:- فمن كان مجنونا او معتوها او مصابا بآفة عاهة عقلية اخرى لا يحسن القيام بامور نفسه، وعدم تمكنه من القيام بتنفيذ متطلبات غيره، يكون من باب اولى.

٣- القدرة على القيام بالوفاء بالتزامات الحضانة وتنفيذ مستلزماتها، فاذا كان المكلف بالحضانة عاجزا لكبر سن او مرض او اية عائق اخر يحول دون هذا الوفاء، يكون التكليف باطلا فيجب اختيار شخص اخر يكون اهلا للقيام باداء الالتزامات الحضانية.

٤- التفرغ للقيام بشؤون ومتطلبات الحضانة فاذا كان المكلف بها محترفا او موظفا تحول حرفته او وظيفته دون اداء واجبه في الحضانة يكون تعيين مثل هذا الشخص باطلا، فيجب اختيار بديل متفرغ لاداء واجبات الحضانة.

٥- ان يكون المختار للحضانة امينا على تربية الطفل وتوعيته وتوجيهه نحو الاخلاق الحميدة والسلوك الحسن، وغياب صفة الامانة مانع من انشاء الحضانة ومسقط لها بعد انشائها.

٦- ان لا تتزوج الحاضنة من شخص يتوقع ان يضر بمصلحة الطفل في المستقبل لقول الرسول (ﷺ) للمرأة المطلقة التي اراد زوجها ان ياخذ ولده منها (انت احق به ما لم تتزوجي).

وفي رأينا المتواضع ان مُطلق الزواج لا يكون مستقلاً للحضانة وانما المانع هو الزواج المضر بمصلحة الطفل.

ولا فرق بين الزوج القريب والغريب (البعيد) وانما المعيار تحقق مصلحة الطفل وعدم تحققها، فرب بعيد يكون احسن بكثير من القريب، لان لكل شخص نشأة خاصة من حيث التربية والاخلاق.

٧- عدم الانتقال بالطفل من بلد الى بلد اخر اذا كان هذا الانتقال مضراً بمصلحة الطفل من الناحية الصحية وغيرها.

٨- كل حدث طارئ خلال مدة الحضانة يكون مستقلاً لها اذا كان مضراً للطفل.

من هو احق بالحضانة:-

الام احق بالحضانة:-

الام احق بالحضانة شرعاً وعقلاً وقانوناً.

اما شرعاً فلما رواه الامام احمد وابو داود عن عبدالله بن عمرو بن العاص (من ان امرأة قالت:- يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثدي له سقاء وان اباه طلقني واراد ان ينزعه مني، فقال:- انت احق به ما لم تنكحي).^(١)

وحكمة ذلك هي رعاية مصلحة الطفل، فاذا كانت مضمونة رغم قيام الزواج لا يكون هذا الزواج مستقلاً للحضانة، آخذاً بالقاعدة الشرعية (الحكم يدور مع علته (حكيمته) وجوداً وعدماً).

اما عقلاً فلان الام اكثر الناس شفقة وحناناً بطفله، لذا تُفضل على غيرها في الحضانة. واما قانوناً فلاتفاق قوانين الأحوال الشخصية في الدول الإسلامية على ان الام احق بالحضانة ما لم يكن هناك مانع يحول دون ذلك.

المطلب الثاني

أحكام الحضانة

من أحكام الحضانة ما يلي:-

تحديد كمية ونوعية الاجرة:

لا يوجد معيار موضوعي لتحديد كمية اجرة الحضانة وبيان نوعيتها بحيث لا يختلف ذلك باختلاف الاشخاص والازمنة والامكنة، وانما يُترك هذا التحديد للاتفاق الرضائي او الحكم القضائي مع رعاية المتغيرات الاقتصادية وتطورات الحياة والاعراف السائدة.

المسؤول عن الاجرة:-

تجب اجرة حضانة الطفل على من تجب عليه نفقته، فتجب على ابيه ان كان على قيد الحياة وكان موسرا بماله او قادرا على الكسب، وبخلاف ذلك تجب الاجرة على وارث الطفل كما في اجرة الرضاعة، عملا بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ وعملا بقاعدة (الغرم بالغرم) او (الغرم بالغرم)، وتتضمن اجرة الحضانة اجرة المسكن لانه في مقدمة ضروريات الحياة اذا لم تملك الحضانة او المحضون مسكنا للمعيش فيه قريبا من مكان المحضون.

المفاضلة بين المتبرعة وطالبة الاجرة:

اذا تبرعت امرأة بان تتولى الحضانة بدون مقابل تُفضّل على من يطلب الاجرة مقابل الحضانة شريطة لا يتضرر الطفل من استبدال المتبرعة بطالبة الاجرة.

مكان الحضانة:

مكان الحضانة عبارة عن مكان الحضانة او المحضون ان تيسر ذلك ولم يؤثر على مصلحة المحضون والا فيجب اختيار مكان تتوفر فيه هذه المصلحة بالدرجة الاولى ومصلحة الحضانة بالدرجة الثانية.

الانتقال بالمحضون؛

يجوز الانتقال بالمحضون من مكان الى مكان اخر بعيد او قريب اذا لم تتأثر مصلحته بهذا الانتقال، فالمعيار في جواز الانتقال وعدمه هو تحقق مصلحة الطفل وعدمه. وفي رأينا المتواضع لا مبرر لما اختلف فيه الفقهاء من التفرقة بين المكان القريب والمكان البعيد وجواز الانتقال الى الاول دون الثاني حيث قد يكون المكان البعيد افضل من القريب واكثر نفعاً للمحضون، فالقرب والبعد ليسا من معيار الجواز وعدمه، لان الحضانة تسقط بانتقال مضر بمصلحة المحضون سواء كان المكان المنتقل اليه بعيداً او قريباً.

مسؤولية الملتزم بدفع الاجرة تجاه المحضون:-

الملتزم بالاجرة أباً كان او غيره مسؤول عن الاشراف التربوي والتعليمي والحلقي والصحي ونحو ذلك للمحضون، فيجب عليه ان يتردد عليه بصورة مستمرة ليطلع بنفسه على صحته وتعليمه وتربيته وتوعيته واستقامته سلوكيته، لأن مسؤولية الحاضنة وحدها عن هذه الامور لا تكفي، بل يجب ان تنضم اليها مسؤولية الملتزم بالاجرة ايا كانت درجة قرابته، وهذه المسؤولية لا تقتصر على الاب بل تنتقل الى كل من يحل محله بعد وفاته او غيابه.

مدة الحضانة:-

معيار تحديد هذه المدة يختلف باختلاف مصلحة المحضون ذكراً كان ام انثى . ففي رأينا المتواضع يجب ان لا تُحدد هذه المدة بالزمن وان لا تُفَرَّق بين الذكر والانثى، فمتى ما وصل ذكر الى حد يستغني عن استمرارية الحضانة ويتمكن من توفير متطلبات حياته بنفسه، تنتهي مصلحته في الحضانة وله ان يستقل عن من يتولى هذه الحضانة. واذا تزوجت البنت المحضونة تنتهي الحضانة بزواجها وتستقل لشؤونها الحياتية بنفسها. واذا بلغت ولم تتزوج تخير بين العيش مع امها او ابيها اذا كانت مدركة بحيث تميز بين ما لها وما عليها.

وارى انه لا مبرر للدخول في تفصيلات احكام الحضانة وهي اذا كانت ملائمة بالنسبة الى الازمنة الماضية، فانها قد لا تكون منسجمة مع الحاضر والمستقبل بعد تطور الحياة وتغير مستلزماتها.

موقف القانون من الحضانة :-

القوانين كالمذاهب احكامها غير خالدة فهي تتغير بتغير الأزمنة والامكنة ومستجدات الحياة والتطور الحضاري البشري، لان الاحكام الاجتهادية يجب فيها مراعاة المصالح البشرية التي جاءت الشرائع الالهية - وفي مقدمتها الشريعة الإسلامية - لتأمينها، فاذا تغيرت تلك المصالح تتغير الاحكام المبنية عليها.

وقد عالج قانون الأحوال الشخصية العراقي القائم في مواده (٥٥ - ٥٧) عناصر واحكام الحضانة كما في الايجاز الاتي:-

- ١- الام احق بالحضانة ما لم يكن هناك مانع ولا تسقط بزواجها.
 - ٢- يشترط فيمن يتولى الحضانة البلوغ والعقل والامانة والقدرة.
 - ٣- في حالة الاختلاف في تحديد اجرة الحضانة تُحددها المحكمة.
 - ٤- الاب او من ينوب عنه مسؤول عن شؤون المحضون وتربيته وتعليمه.
 - ٥- للمحضون حق الاختيار في الاقامة مع من يشاء اذا اتم الخامسة عشرة من العمر.
 - ٦- للحاضنة التي أنهت حضانتها بحكم قضائي استرداد المحضون اذا ثبت تضرره.
 - ٧- اذا فقدت الام شرطاً من شروط اهلية الحضانة او توفيت، تنتقل الحضانة الى الاب ما لم تقتض مصلحة الطفل خلاف ذلك والا تنتقل الى من تختاره المحكمة.
 - ٨- في حالة فقدان الابوين اهلية الحضانة تختار المحكمة للمحضون حاضنة او حاضناً، كما لها ان تودعه في دور الحضانة المعدة من قبل الدولة عند وجودها.
- وجدير بالذكر ان هذه الفقرات التي عالجها القانون العراقي لا تختلف مع روح الشريعة الإسلامية ومع الراي الراجح في الفقه الإسلامي.

ربّ زدني علماً وفهماً والحقني بالصالحين